ar.
9
.
el
chè
älle

Bavar. 659
18

Sammlung

auserlesener bayer'scher

Rechtsfälle, Präjudicien

und anderer

interessanter Erkenntnisse.

Herausgegeben

von

Max Freyherrn du Prel,

königl. Advokaten zu Landshut.

VIII. Band.

Landshut, 1840.

Druck und Verlag der Joseph Thomann'schen Buch- und Kunsthandlung.

(Joh. Nep. Attenkofer.)

16 Bg

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhalts-Verzeichniss

des

achten Bandes.

A.

Actio depositi — Beginn der Verjährungszeit derselben. S. 92—102.

— — spolii — kann man bei Begebung des Besitzes in juribus affirmativis durch die actio spolii die Wiedereinsetzung in den Besitz verlangen? S. 50. sqq.

Amtmannsgarben. — S. Rechtsfall XXI. S. 23—72.

B.

Besitz — ob zur Erhaltung des Besitzes es genügt, wenn man zu jeder Zeit sich seines Rechtes ungehindert bedienen kann, den Besitz aber doch nicht ausübt? S. 39. sqq.

— — kann man denselben bei Begebung in jur. affirmat. durch die actio spolii verlangen? S. 50.

Bezehntung — eines neu erzielten Produktes, wann findet selbe statt? S. Erk. S. 275.

C.

Communitas — welche Merkmale sind bei Klagestellung gegen dieselbe zu beobachten? S. 69. sqq.

Competenz — über Mühlbau. S. Rechtsfall XX. S. 1—22.

— — ist das Wechsel- und Merkantilgericht zur Feststellung von Deserviten competent? S. Erk. S. 209.

E.

Executivprozeß — was wird zur Begründung eines solchen erfodert? S. 128. sqq.

H.

Holzgereuthe — Zehentfreiheit derselben betr. S. 291 lqq.

I.

Jura affirmativa — wann begibt man sich bei j. aff. des Besitzes? S. 50. lqq.

K.

Kaffeeschenken — werden unter Negotianten gerechnet. S. Erk. S. 187. lqq.

Kaution — wegen der Prozeßkosten in Wechselsachen kann nicht gefodert werden. S. Erk. S. 211.

Kautionsleistung — in Zehentbesitzstreitigkeiten. S. Erk. S. 301. lqq.

Klage — Verwerfung derselben bei unterlassener Bezeichnung derjenigen, welche in Anspruch genommen werden wollen. S. 48. lqq.

— — Erfoderniß einer Klage, wenn selbe gegen einzelne einer Corporation gerichtet ist. S. 69. lqq.

Kleinzehent — vom Beweise bei der Prätension desselben. S. Erk. S. 281.

— — bei dem Kleinzehent wälzt der 10jährige Besitz desselben den Beweis der natürlichen Freiheit des Grundstücks nicht auf den Besitzer des letztern. S. Erk. S. 287.

— — von kultivirten Ödnungen kann der Ortspfarrer keinen Kleinzehent fodern. S. 311 lqq.

— — s. Rechtsfall XXIV. S. 321. — lqq.

M.

Mühlbau — s. Rechtsfall XX. S. 2 — 22.

N.

Negotianten — was versteht man unter N.? S. Erkenntniß S. 187. lqq.

Nullitas testamenti — s. Rechtsfall XXIII. S. 147 — 186.

P.

Portio canonica — s. Erkenntniß hierüber S. 120. lqq.

Q.

Quiescenz — erhalten Staatsdiener bei Quiescirung und abermaliger Reaktivirung den ganzen Funktionsgehalt? S. Erkenntniß S. 140. fqq.

R.

Reps — gehört zum grossen Zehent. S. Erk. S. 281.

Repszehent — f. Erkenntniß hierüber S. 279. fqq.

S.

Spolienklage. — Was setzt die Spolienklage voraus und wann findet selbe nicht statt? S. 44 fq.

Staatsdiener. — S. Quieszenz.

Successoren. — Wann können selbe pcto. fpolii belangt werden? S. 49 fqq.

V.

Verjährung — erlöschende. S. Rechtsfall XXII. S. 73—92.

— — wann beginnt die Verjährungszeit bei der actio depositi? S. 92 — 102.

Verzicht — Erfoderniß desselben. S. 109 fqq.

Vormundschaft. Rechtsstreit hierüber. S. 213 — 268 und Rechtsfall XXIII. S. 268 — 274.

W.

Wechsel — bei jedem Wechsel muß der Münzfuß der Wechselsumme ausgedrückt seyn. S. Erkenntniß S. 198.

— — die Eigenschaft des Wechsels als Solawechsel wird durch die Bezeichnung »auf mich selbst« nicht genügend bezeichnet. S. Erk. S. 200 fqq.

— — abkorrigirte in den Datis sind nicht ungiltig. S. Erk. S. 205.

Wechselaussteller — wenn derselbe seiner Unterschrift auch seinen Wohnort beisetzt, ist hiedurch der Zahlungsort hinreichend bezeichnet? S. Erk. S. 207.

Wechselbrief — bei förmlichen Wechseln muß die Erwähnung ob er fola ꝛc. ausgestellt ist, ausdrücklich enthalten seyn. S. Erk. S. 200.

— — dessen Verfallzeit nur den Monatstag, aber nicht das Jahr enthält, ist unförmlich. S. Erk. S. 203.

Wechselfähigkeit — wann wird eine Ehefrau wechselfähig? S. Erk. S. 190.

— — hängt dieselbe bei Handelsleuten, Fabrikanten und Bierbrauern vom Eintrage in der Wechselmatrikel ab? S. 192.

— — bezieht sich dieselbe auch auf den Besitzer eines Brauhauses, wenn er es verpachtet hat? S. Erk. S. 196.

— — eines Pächters, wovon hängt dieselbe ab? S. Erk. S. 196.

Wechsel- und Merkantilgericht — können Anwälte vor denselben Ansprüche auf Honorar für außerordentliche Müwaltung gegen ihre Klienten geltend machen? S. Erkenntniß S 209.

Z.

Zehentfreiheit — die 25jährige Zeit vormals öder Gründe beginnt von ihrer Kultivirung an. S. 285 fqq. S. 311.

Zehentrecht — Unterschied in Reichung des Zehents, wenn das Zehentrecht auf den Gründen oder auf den Früchten haftet. S. Erk. S. 278.

Zehentrecht — beim Kleinzehent hat der Pfarrer kein reales absolutes Z.-R. S. Erk. S. 287.

Zinsen — Einklagung von Hyp.-Kapitalszinsen nach § 52. des Hyp.-Gesetzes. S. Erk. S. 136.

Zinsrückstände — über Einklagung zweijähriger Zinsrückstände nach § 52. des Hyp.-Gesetzes. S. Erkenntniß S. 128. fqq.

Rechtsfall XX.

Mühlbau, und Kompetenz

betreffend.

Vom

Herausgeber.

Gegen den Müller Frz. Xav. F. von H. überreichte der Müller Anton K. unterm 1. Juli 1836 folgende

1.

Vorstellung.

Unser Landrecht Th. II. cap. 8. § 18. Nro. 3. in not. schreibt vor, daß bei einem Mühlbaue nichts geschehen solle, was einer schon bestehenden Mühle Schaden und Abbruch thun könne, und daß, wenn sich Streitigkeiten darüber ergeben, ob ein Mühlbau recht geführt sey, die s. g. Mühlgrafen oder andere Sachverständige durch das an die Obrigkeit zu erstattende Parere nach vorläufigen Augenschein den unparteiischen Ausschlag geben sollen.

Einen solchen Augenschein zu impetriren, sehe ich mich gehorsamst Unterzeichneter veranlaßt.

Wie nämlich aus beiden abschriftlich anliegenden Protokollen vom 7. Aug. 1835 und 30. Juni 1836 hervorgeht, hat der Müller X. F. von H. vor ungefähr 4 Jahren ohne vorhergängige Anzeige bei Gericht, ohne den Rath Sachverständiger zu befolgen, und ohne mich als der obern Lage nach wesentlich betheiligten Mühlnachbar nur davon zu verständigen, einen Wasserbau unternommen, durch den ich in großen Schaden gekommen bin, weil sich bei diesem Bau F. nicht an die Richtung des Eichpfahls kehrte, sondern viel höher baute, wodurch mir oft ein großer Theil des zu meinem Gewerbe nothwendigen Wasserbedarfs entzogen wird. Er versprach deßhalb in ersterer Verhandlung dd. 7. Aug. v. J. im Mo-

nate Mai h. Js. diesen Bau wieder abzuändern und die Richtung nach dem Aichstock wieder so herzustellen, daß der Wasserlauf nach meiner Mühle nicht mehr gehemmt seyn würde. Gewohnt, dem Worte eines Mannes zu vertrauen, und nicht vermuthend, daß Müller F. mit gerichtlichen Versprechungen geradezu sein loscs Spiel treibe, wartete ich vergebens bis Ende Juni auf die versprochene Wasserbau-Abänderung, mußte aber bei dem Gerichtsverhör vom 30. dess. Mts. zu meinem nicht geringen Erstaunen vernehmen, daß mein Nachbar zehn Monate Zeit gebraucht habe, um das zu widerrufen, was er coram judice eingestanden und zugesagt hatte!

Dieser Umtriebe des Müllers F. bin ich nun müde, und fest entschlossen, die Gerechtigkeit zwischen uns entscheiden zu lassen, weil er mit seinem gerichtlichen Versprechen nicht zugehalten hat, und glaubt, es brauche zur Umstossung eines solchen weiter nichts, als zu sagen: ich habe mich anders besonnen. Weil jedoch im Protokolle vom 7. Aug. 1838 vom Müller F. lediglich zugestanden ist, daß er seinen Wasserbau über die Höhe des Eichpfahls führte, eine nähere und detailirtere Beschreibung der Überschreitung dieser Höhe aber darin nicht enthalten ist, sondern hiezu eine Besichtigung des unrichtig geführten Baues selbst allein den richtigen Ausschlag zu geben vermag, so stelle ich an kön. Landgericht die unterthänige Bitte:

Hochdasselbe wolle zur Besichtigung des mehrerwähnten Wasserbaues und zur Ausmittlung des mir dadurch zugehenden Nachtheiles unter Beiziehung zweier Sachverständiger von Gerichtsseite gnädigst eine Augenscheins-Kommission an Ort und Stelle abordnen, und den Müller F. hiezu mit der Eröffnung vorladen, daß es auch ihm freistehe, zwei unparteiische Sachverständige aufzustellen, daß aber sein Ausbleiben als Verzicht auf die Beiwohnung zum Augenscheine angenommen werden würde 2c.

Ich empfehle mich 2c.

Nach abgehaltenem Augenscheine, und unter Bezug auf dessen Resultat stellte sodann K. folgendes

2.

Anrufen.

Am 5. Nov. 1836.

Es ist sowohl durch das Gesetz, als durch das übereinstimmende Gutachten der sämmtlichen, bei den beiden am 28. Juli und 3. Nov. l. Js. abgehaltenen Augenscheins-Kommissionen adhibirten Sachverständigen ausgesprochen, daß jedes Wasserbeet mit dem Eich- und Sicherheitspfahl in gleicher Richtung, d. i. nicht höher und nicht tiefer als derselbe seyn darf.

Eben so ist sowohl durch des Müllers F. eigenes Geständniß, als durch die bemerkten beiden Augenscheine erwiesen:

a) daß F. ganz eigenmächtig, gegen Gesetz und Herkommen, ohne Anzeige bei der Obrigkeit und ohne Beiziehung von Sachverständigen und der Adjacenten eine Änderung im Mühlbaue vorgenommen habe, so wie

b) daß diese gesetzwidrige Abänderung darin besteht, daß der Wuhrbau statt horizontal schief gelegt und statt entfernt von demselben, auf diesen gelegt ist, so wie daß der Wasserspiegel 5 1/2 Zoll höher als der Eichpfahl ist.

Da nun, wie bemerkt, diese Stellung des Eichpfahles, des Wuhrbaumes und des Wasserbeetes unbestritten gesetzwidrig ist, in Streitigkeiten aber, ob ein Mühlbau recht geführt sey, die s. g. Mühlgrafen oder andere Sachverständige durch das an die Obrigkeit zu erstattende Parere nach vorläufigen Augenschein den unparteiischen Ausschlag geben, (cod. civ. p. II. cap. 8. § 18. in not. Nro. 1.) welches Parere im vorliegenden Falle übereinstimmend zu meinen Gunsten spricht, so stelle ich die unterthänigste Bitte:

kön. Landgericht wolle dem Müller F. den Auftrag geben, er habe innerhalb 14 Tagen bei Vermeidung gerichtlichen Zwanges

1. das Wasserbeet dem Eichpfahle gleich, i. e. um 5 1/2 Zoll tiefer zu legen,
2. den Wuhrbaum von dem Eichpfahle zu entfernen, resp. nicht mehr auf diesen zu legen, und jene nicht mehr schief, sondern horizontal zu legen,
3. wolle Müller F. wegen seines eigenmächtigen Mühlbaues in eine willkührliche Strafe und
4. in sämmtliche bisher erlaufene Kosten verurtheilt werden.

Respektvollst ꝛc.

Hierauf erfolgte nachstehendes

3.

Erkenntniß.

Vom königl. Landgerichte F.

Wird in Sachen des Anton K., Müller von H., gegen Franz Xaver F., Müller von H., wegen Abänderung im Mühlbau nach erstatteten Vortrag und kollegialer Berathung beschlossen:

Der Müller Franz Xaver F. von H. habe innerhalb 14 Tagen, nachdem gegenwärtig die Zeit es gestattet, nach den Bestimmungen vom 17. Aug. 1735

1. den Eichpfahl an seine Mühle so zu schlagen, daß man denselben ohne alle Mühe und zu jeder Zeit sehen könne.
2. Das Wasserbeet so zu legen, daß die Wasserhöhe vom Eichpfahl anfangend 20 Münchner Zoll beträgt.
3. Mit der Wehr in den Stellbrettern akkordirt.
4. Den Wuhrbaum von dem Eichpfahle zu entfernen.
5. Sämmtliche auf den Augenschein erlaufenen gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten zu tragen.

Der Tag, an welchem der Eichpfahl geschlagen wird, ist anzuzeigen, damit die geeignete Besichtigung von Seite des Gerichts vorgenommen wird.

Gründe.

Der auf Instanz des Anton K., Müllers von H., im polizeilichem Wege vorgenommene Augenschein gab das Resultat, daß der vom Müller F. zu H. geführte Mühlbau der Bestimmung vom 17. Aug. 1735 entgegensteht, und der Eichpfahl um 5 1/2 Zoll niederer gelegt ist, als der Wehrbaum. Nachdem sich unter diesen Verhältnissen der Wasserspiegel nicht vom Eichpfahl, sondern nur vom Wehrbaum aus berechnen läßt, so ergibt sich das Resultat, daß der Wasserspiegel auf einer Seite um 5 3/4 Zoll, auf der andern um 6 1/2 Zoll zu hoch ist; ferner, daß die Wasserhöhe am Eichpfahle mit der an der Wehr, und den Stellbrettern nicht akkordirt, sondern 8 1/2 Zoll zu hoch erscheint.

Der am 17. August 1735 mit den anliegenden Müllern vorgenommene Augenschein, und die bei demselben aufgenommenen Bestimmungen gehen aber dahin, daß die Wasserhöhe vom Eichpfahle 20 Münchner Zoll zu betragen, und dieselbe mit der Wehr und den Stellbrettern zu akkordiren habe.

Diese Bestimmung ist nach dem Gutachten sämmtlicher Sachverständiger bei dem Neubaue aus dem Gesichtspunkte verloren worden, und muß wieder eingehalten werden.

Die Behauptung des Müllers F., als ob er den Eichpfahl und den Wehrbaum eben so gelegt habe, wie er früher war, relevirt nichts, indem dieselbe nicht nachgewiesen ist, und gemäß bayer. Landr. Th. II. cap. 8. § 18. von 1616, dann § 10. der Verordnung vom 11. Sept. 1825 bei Errichtung, sohin auch bei Ausbesserung oder Abänderung einer Mühle vördersamst die frühern Statuten und Observanzen zu beobachten sind, nichts bei dem neuen Mühlbaue zu geschehen habe, was dem ältern Schaden und Abbruch thun kann, und ohne Wissen des Betheiligten oder des Gerichts keine Abänderung überhaupt vorgenommen werden soll.

Der Augenschein bewies aber, daß der Bau ohne Wissen der Nachbarn oder der vorgesetzten Behörde geschah, und die frühern Bestimmungen ganz ausser Acht gelassen wurden.

Es mußte demnach unter Vorbehalt des Rechtsweges über privatrechtliche Einsprüche, und unter einstweiliger Für-

sorge für den sichern Rechtsstand des Müllers K. von Polizeiwegen verfügt, und nachdem gegenwärtig der beste Zeitpunkt zur Ausbesserung seines Baues eingetreten ist, diese Bestimmungen getroffen werden.

Nachdem Franz Xaver F. der fällige Theil ist, mußten auch ihm die Kosten überbürdet werden.

Concluf. den 21. Mai 1837.

Vorstehendes Erkenntniß wurde von der kön. Regierung und vom kön. Ministerium in nachfolgenden beiden Aussprüchen bestättiget:

4.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

In Erwägung, daß das Beschwerdevorbringen des F. X. F., es sey von Seite des beeinträchtigten Müllers Anton K. keine Klage gestellt, er Beschwerdeführer nicht gehört, die Sache nicht gehörig instruirt und der polizeiliche Beschluß des k. Landgerichts nicht kollegial berathen worden, (welch Letzteres übrigens unter den administrativ contentiösen Gegenständen verordnunsmäßig zu geschehen hat,) sich aus den vorgelegten Akten als ganz ungegründet und unwahr darstellen; in Erwägung ferners daß nach der Bestimmung des revisciren § 20. Nr. 3. der Instruktion vom 28. Dez. 1825 zum Gewerbsgesetze in concreto das kön. Landgericht als Polizeibehörde zur Instruirung und Entscheidung des Gegenstandes kompetent ist, so wird der Beschwerdeführer unter Verfällung der Kosten II. Instanz und Vorbehaltung des Civil-Rechtsweges abgewiesen, der Beschluß des k. Landgerichts vom 2. März l. J. aber aus den darin angeführten Entscheidungsgründen lediglich bestättigt. —

M. den 16. Juni 1837.

5.

Auf Befehl ꝛc.

Die k. Regierung des *** Kreises K. d. J. wird in Erwiderung ihres im untenstehenden Betreffe unterm 30. Aug.

erstatteten Berichte hiemit beauftragt, dem Müller F. zu H. eröffnen zu lassen, daß aus den vorgelegten hiebei zurückfolgenden Verhandlungen eine Nullität oder sonstige Verletzung der bestehenden Gesetze nicht zu ersehen war, sonach auch der erhobenen Beschwerde in Gemäßheit der Art. 10. Nr. 2. der gesetzlichen Grundbestimmungen für das Gewerbswesen und den durch allerhöchste Entschließung vom 15. Aug. 1834 wieder in Kraft getretenen § 64 der frühern Vollzugs-Instruktion vom 25. Dez. 1835 keine Folge gegeben werden könne.

M. den 22. Oktober 1837.

Müller F. beschritt nun den Rechtsweg, und trug auf Annullirung der administrativen Verhandlungen durch nachstehende

6.

K l a g e.

an:

Königl. Landgericht F. als Justizbehörde!

In einer reinen Justizsache, nämlich in der Klagsache des Andrä K., Müllers in H. gegen mich, wegen Beschädigung hat kön. Landgericht von Polizeiwegen ein Erkenntniß gefällt, und die kön. Regierung des ***Kreises als zweite Instanz in Polizeisachen, hat diesen Ausspruch bestättiget.

Hätte die Klage des K. etwas polizeiliches an sich, so wäre dieser Gegenstand als abgethan anzusehen; allein die Anträge des Klägers sind lediglich civilrechtlicher Art, sie afftziren meine Privatrechte, und dem Publikum liegt durchaus nichts daran, ob meine Mühle so oder anders gebaut sey.

Da aber die Polizeibehörden nicht kompetent sind, um Civilstreitigkeiten zu entscheiden, und da eine von dem nicht zuständigen Richter erlassene Entscheidung mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet ist, so flehe ich, um mein Privateigenthum und meine Privatrechte gegen unzulässige Eingriffe zu schützen, den Bestand und die Giltigkeit der Entscheidung der Polizeibehörden vor der competenten Civilgerichtsbehörde an, und bitte, diese Entscheidung für null und nichtig zu er-

kennen, und den Kläger K. mit Verfolgung seiner Ansprüche an die Civilbehörde zu verweisen, an welche auch ursprünglich sein Gesuch gerichtet war, indem er selbst angab, es müsse die Sache nach der Gerechtigkeit, id est im Rechtswege entschieden werden.

Es liegt mir nur zuvörderst ob, darzuthun, daß der Ausspruch der Polizeibehörde meine Privatrechte affizire, das meum et tuum betreffe, mithin zur Entscheidung durch die Polizeistelle nicht qualifizirt war.

Es liegt ausser allem Zweifel, daß ich die Mühle in H. eigenthümlich besitze, und als Eigenthümer befugt sey, dieselbe mit Ausschluß jedes andern zu benützen.

Kläger glaubt, auf den Grund eines — angeblich im Jahre 1735 abgeschlossenen Vergleichs eine Beschränkung meiner natürlichen Eigenthumsrechte fodern zu können. Ich widerspreche das Daseyn eines solchen bindenden Vergleichs, mithin kann K. nur auf die Erfüllung eines Vergleiches klagen, was aber offenbar eine reine Justiz- und keine Polizeisache ist.

K. fodert von mir Ersatz eines Schadens: seit wann ist denn die Polizei-Behörde kompetent, über Entschädigungsklagen abzuurtheilen?

Die Tendenz des Klägers ist Beschränkung meiner natürlichen Freiheit, meines Eigenthums und meiner wohlerworbenen Rechte.

Der Staat sichert mir den Schutz derselben verfassungsmäßig zu, daher sind die Polizeibehörden nicht befugt, mir zu nehmen, was mir nach der Verfassung nur durch Recht und Urtheil genommen werden kann. Bei dem Gerichtshofe muß ich den Schutz meines titulo oneroso erworbenen Eigenthums suchen dürfen und finden können.

Es handelt sich in concreto nicht um polizeiliche Bausstreitigkeiten, ich habe mich in keiner Hinsicht gegen eine polizeiliche Verfügung verfehlt, sondern die erfolgte Umwandlung dieses Civilgegenstandes ist bloß die Folge der irrigen, individuelen Ansicht des Kommissairs bei der Polizei-Instanz, und des höchst fatalen Umstandes, daß zwischen den Justiz-

und Polizei-Beamten der landgerichtlichen Behörden gar keine Gränzlinie bestimmt, und es gleichsam der Willkühr des einzelnen Richteramts-Individuums anheimgestellt ist, ob es die ihm zur Verhandlung übertragene Sache, mit dem Auge der Justiz, oder mit jenem der Polizei ansehen wolle?

Allem Anscheine nach hat kön. Landgericht die Sache selbst anfänglich als Justizsache angesehen, was sich durch Vorlage des Einlaufs-Journals beweisen muß.

Auch K. hat sich die Stellung der Klage vorbehalten, mithin bekundet, daß seine Ansprüche civilrechtlicher Natur seyen.

Die Polizei kann nur dort einschreiten, wo das allgemeine Wohl bedroht ist. Sie ist die Quasi-Vormundschaft für alle jene Ergebnisse im menschlichen Leben, wo die Vorsorge des Einzelnen nicht hinreichend ist, sich gegen denkbare Übel zu schützen.

Ein Privatkonflict zwischen mir und dem Kläger hat auf das öffentliche Wohl nicht den mindesten Bezug. Die Eingaben des K. bezeichnen nirgends, in wie ferne das Publikum hiebei betheiligt sey. Streitsachen zwischen Einzelnen tangiren die Polizeibehörde nichts, und müssen zwischen diesen im Rechtswege geschlichtet werden; denn eine Beschränkung des Privatmannes in seinen Eigenthums-Rechten kann nur entweder von einem andern Privaten auf den Grund eines Vertrags, oder jure servitutis, oder von dem Staate im öffentlichen Interesse gefodert werden. Der letztere Fall ist hier nicht vorhanden, und der erstere eignet sich lediglich vor den Civilrichter, an welchen ich die gehorsamste Bitte stelle, gerechtest zu erkennen, daß die sämmtlichen bisherigen, von den Polizei-Instanzen gepflogenen Verhandlungen ob defectum jurisdictionis null und nichtig nnd unverbindlich, und als solche aufzuheben seyen.

Auch wolle K. vorbehaltlich seines Regresses gegen den Proponenten oder sonstigen veranlassenden Theil, in alle Kosten verurtheilt werden.

Pf. den 28. Nov. 1837.

Auf diese Klage erfolgte die Abweisung durch nachstehenden Beschluß:

7.

Vom königlichen Landgerichte Fr.

Dem Ant. K. wird in Beilage das Duplikat der von X. F., Müller in H., pct. nullit. eingereichten Klage vom 20. Nov. praes. 1. Dez. mit der Nachricht hinausgeschlossen, daß man den X. F. mit dieser seiner Klage abgewiesen, indem es der unterzeichneten Behörde nicht zusteht, als Civilbehörde Beschlüsse zu annulliren, welche von Polizeibehörden erlassen worden sind.

Das Petitum der Klage ist daher offenbar ungereimt und ungeeignet, weßwegen die Abweisung erfolgen mußte —

Sign. den 27. März 1838.

wogegen F. folgende

8.

Berufung

introducirte.

Kön. Appellationsgericht!

Der Müller Ant. K. in H. hat in einer reinen Civilrechtssache und aus einem privatrechtlichen Grunde, nämlich aus einem angeblichen Vergleiche bei dem königl. Landgerichte F. eine Klage gegen mich angemeldet, und zu deren bessern Begründung um Vornahme eines Informativ-Augenscheins gebeten.

Judex I^mae hat diesem Gesuche deferirt, und der Anwalt des Klägers schickte sich, nach seiner eigenen Äußerung an, die Klage zu stellen, allein das kön. Landgericht F. ersparte ihm diese Mühe, indem es — ohne die Anstellung der Klage zu erwarten, in dieser Sache ein mir höchst nachtheiliges polizeiliches Erkenntniß erließ, und ohne daß irgend eine polizeiliche Rücksicht obwaltete, oder sonst ein Grund bestand, welcher die Thätigkeit der Polizeibehörde zu excitiren veran-

laßte, welchen Kläger im Rechtswege erst zu beantragen beabsichtigte.

Gegen einen polizeilichen Beschluß konnte ich nur an die kön. Regierung Kammer des Innern appelliren; nachdem diese sich aber von der Wahrheit meiner Rechtsgründe, und von der begangenen Nullität der Unterbehörde nicht überzeugte, so trat ich zur Sicherung meiner Eigenthums- und wohl erworbenen Rechte, deren Schutz ich vom Richter staatsverfassungsmäßig fodern kann, vor der Justizbehörde mit einer förmlichen Klage auf, und bat um Annullirung der — das meum et tuum betreffenden — ganz ungeeignet von der Polizeibehörde gepflogenen Verhandlung und Entscheidung.

Anstatt diese Klage rechtlicher Ordnung nach zu verhandeln, sprach sich das kön. Landgericht F. in einer einfachen Signatur 27/30. März dahin aus, daß es ihm nicht zustehe, polizeiliche Beschlüsse zu annulliren, und daß mein Petitum ungereimt und ungeeignet sey, weßwegen ich hiemit abgewiesen werde.

Gegen diese Abweisung, welche in materieler Beziehung vim definitivae hat, beschwere ich mich im Wege der Berufung intra terminum in tiefster Ehrfurcht.

Der Civilrichter hat alle vor ihn gebrachten Klagen legal zu instruiren, und dann erst zu entscheiden. Nur offenbar grundlose Klagen dürfen ohne Instruktion verworfen werden.

Von einem offenbaren Ungrunde kann aber bei mir keine Rede seyn, indem mein Gegner sich selbst überzeugt, daß eine reine Rechtssache in Mitte liege, und das Vorhandenseyn einer solchen überhaupt ausser allen Zweifel ist.

Ich fechte nicht eine — im Sinne des gemeinen — öffentlichen Wesens erlassene allgemeine Polizei-Verfügung, oder eine wirkliche Polizei-Maaßregel an, sondern ich dringe auf Annullirung einer Verhandlung, welche Privatrechte verletzt, und von der Polizeibehörde ungeeignet an sich gerissen wurde.

Der Polizeibeamte darf niemals Privatrechte verletzen, oder über Eigenthum aburtheilen, und wenn er es dennoch

gethan hat, so sind seine Handlungen ob defectum jurisdictionis mit einer Nichtigkeit behaftet. Der Ausspruch über diese Nichtigkeit steht aber nur dem Civilrichter zu.

Ich bitte unterthänigst, den Beschluß vom 27. März aufzuheben und anzuordnen, daß meine Nullitätsklage vom 20. Nov. 1837 in erster Instanz legal instruirt, und salva appellatione entschieden werde.

Den 6. April 1838.

Die zweite Instanz bestättigte den untergerichtlichen Beschluß in nachfolgendem

9.

Erkenntniß (IIdae.)

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt der unterfertigte Gerichtshof in der beim kön. Landgerichte Fr. anhängigen Klagsache des Franz Xav. F., Müller zu H., gegen Anton K., Müller zu H., wegen Annullirung eines polizeilichen Beschlusses auf die vom Kläger ergriffene Berufung zu Recht:

daß Franz Xav. F. mit seiner Berufung gegen den Beschluß des kön. Landgerichts F. vom 27. März l. Js. abzuweisen sey, und die Kosten IIdae zu tragen habe.

Gründe.

Der Müller Anton K. zu H. hatte gegen den Müller Franz Xav. F. zu H. deßhalb bei dem kön. Landgerichte F. Beschwerde erhoben, weil letzterer ohne Beiziehung der angränzenden Müller einen Wasserbau bei seiner Mühle vorgenommen, und hiedurch den Wasserstand gegen die bei einer gerichtlichen Verhandlung vom 17. Aug. 1735 getroffenen Bestimmungen angeblich verändert hatte.

Das kön. Landgericht Fr. hatte hierauf als Polizeibehörde nach vorgenommenen Augenschein und eingeholten Gutachten Sachverständiger den Beschluß gefaßt, daß F. den

Wasserbau wieder abzuändern, und den Wasserbau in Conformität mit den Bestimmungen vom 17. Aug. 1735 wieder herzustellen habe, und dieser Beschluß war auf die vom F. erhobenen Beschwerde von der k. Regierung des *** Kreises K. d. J. bestättigt, so wie F. mit der dießfalls beim königl. Staatsministerium des Innern eingereichten Beschwerde abgewiesen worden.

Nun reichte F. beim kön. Landgerichte F. eine Civilklage ein, und suchte darzuthun, daß die zwischen ihm und K. stattgefundene Differenz eine reine Civilrechtssache betreffe, daß sohin die Polizeibehörden zur Entscheidung derselben nicht competent gewesen seyen, und bat, die sämmtlichen von den Polizei-Instanzen gepflogenen Verhandlungen ob defectum jurisdictionis als null und nichtig aufzuheben.

Diese Klage wurde von dem Richter I^mae wegen mangelnder Begründung vor der Schwelle des Gerichts zurückgewiesen, und hiedurch erachtet sich Kläger beschwert und glaubt, daß seine Klage zur Verhandlung zuzulassen sey; diese Beschwerde ist jedoch völlig ungegründet.

Klagen, welche nach dem eigenen Vorbringen des Klägers als ungegründet sich darstellen, können nicht zur Verhandlung zugelassen, sondern müssen von der Schwelle des Gerichts zurückgewiesen werden; als solche stellt sich aber auch die Klage des Xaver F. vom 20. Nov. v. Js. dar, indem dieselbe jeden Rechtsgrundes entbehrt. Die G.-O. spricht zwar in cap. 8. § 2. aus, daß eine Sentenz, welche aus Mangel der Citation oder Jurisdiction mit unheilbarer Nullität behaftet ist, klags- und exceptionsweise als nichtig angefochten werden könne, allein es ist sowohl hier, als überhaupt bei den Bestimmungen der G.-O. über die Rechtsmittel nur von richterlichen Erkenntnissen die Rede, und konnte auch nur von solchen, und keineswegs von den Beschlüssen administrativer Behörden oder Stellen die Rede seyn, da der richterlichen Gewalt und der Regierungs- (insonderheit Polizei-) Gewalt nie zustehen kann, die Akte die Regierungsgewalt zu beurtheilen, aufzuheben oder abzuändern.

Es bestimmt auch die G.-O. l. c., daß eine mit unheilbarer Nullität behaftete Sentenz bei dem höhern oder dem nämlichen Richter, welche die Sentenz erlassen hat, angefochten werden könne, und schon aus dieser Bestimmung folgt, daß der Beschluß einer Polizeibehörde oder eines Landgerichts als Polizeibehörde nicht bei einem Gerichte, oder dem nämlichen Landgerichte in seiner Eigenschaft als Gericht oder bei dem diesem Gerichte vorgesetzten höhern Richter als nichtig angefochten werden könne.

Hat eine Polizeibehörde die Gränzen ihrer Competenz überschritten, so kann hiegegen bei den vorgesetzten Polizeistellen Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, es kann Anlaß zur Anregung eines Competenzconfliktes gegeben werden, es kann der sich durch solchen Competenz-Übergriff für beschwert erachtende seine auf Privatrechts-Titeln beruhenden Ansprüche ohne Rücksicht auf die Verfügungen der Polizeibehörde durch förmliche Klagestellen wider seinen Gegner bei den Gerichten geltend machen; allein unter keinen Umständen können die Beschlüsse der von den Gerichten durchaus unabhängigen Polizeibehörden und Polizeistellen durch richterliche Erkenntnisse als nichtig aufgehoben werden.

Daß Kläger in vorliegendem Falle die Beschlüsse und Verhandlungen administrativer Behörden und Stellen als nichtig ansicht, ergibt sich aus dessen eigenen Vorbringen und den polizeilichen Vorakten, und es ist hiebei ganz gleichgiltig, ob der Gegner des Appellanten die Stellung einer Civilklage beabsichtigt habe oder nicht, da einmal das implorirte Landgericht in seiner Eigenschaft als Polizeibehörde eingeschritten ist, und Beschluß gefaßt hat; — das Verlangen aber, daß das Gericht den Beschluß einer Polizeibehörde annullire, ermangelt aus den angeführten Gründen jedes Rechtsgrundes; es mußte daher die Nullitätsklage des Franz Xaver F. unbedingt zurückgewiesen, und konnte auf Verhandlung der Klage und Erörterung der Frage, ob die Polizeibehörde über eine Justizsache verhandelt und entschieden habe, um so minder eingegangen werden, als selbst in dem Falle, wenn K. wirklich eine Entschädigungsklage gestellt, wenn derselbe wirklich

nicht deßhalb, weil F. gegen bestimmte polizeiliche Vorschriften einen neuen Wasserbau geführt habe, sondern auf den Grund privatrechtlicher Titel die Wiederherstellung des frühern Wasserstandes verlangt hätte, wenn sonach eine Privatrechtssache wirklich vorläge, dem k. Landgerichte F. nie zustünde, den in dieser Sache, wenn auch inkompetent erlassenen polizeilichen Beschluß, als nichtig aufzuheben.

Glaubt Appellant aus Privatrechtstiteln das Recht zu haben, einen neuen Wasserbau in der Art, wie er gethan, zu führen, so mag er dieses Recht gegen den, dasselbe widersprechenden K. durch Stellung förmlicher Klage (welche ihm in den polizeilichen Beschlüssen vom 2. März und 16. Juni v. Js. sogar ausdrücklich vorbehalten worden) geltend machen, ohne daß er hieran durch die an die Polizeibehörden getroffenen Verfügungen gehindert werde.

Die Berufung des Xav. F. gegen den vollkommenen begründeten Beschluß des kön. Landgerichts F. vom 27. März l. Js. war daher abzuweisen, und Appellant als sachfällig in die Kosten II^dae zu verurtheilen.

L. am 31. Okt. 1838.

Die hiegegen eingelegte

10.
Revision

ist folgenden Inhalts.

Allerdurchlauchtigster ꝛc.

Ich stellte bei dem kön. Landgerichte F. eine civilrechtliche Klage: allein die Instruktion derselben wurde mir deßwegen verweigert, weil dieser Gegenstand, der sich seiner Natur nach nur vor die Justizbehörden eignet, und nur von diesen giltig instruirt und verbeschieden werden kann, bereits von den Polizeibehörden verhandelt und entschieden worden sey.

Da aber meine Klage gerade darauf gerichtet ist, daß die — von dem inkompetenten Gerichte gepflogenen Verhandlungen in civilrechtlicher Beziehung ohne Erfolg seyn, und

annullirt werden sollen, so konnte meine Klage nicht deßwegen a limine abgewiesen werden, weil sie bereits vor dem polizeilichen Forum abgeurtheilt wurde; denn, da ich die Kompetenz der Polizeibehörde bestreite, so muß meine Klage vor allem instruirt, und es müssen meine Gründe gewürdiget werden, und es kann erst Gegenstand der künftigen Aburtheilung seyn, ob der Polizeibeamte mich in meinen Civilrechten antasten, und mir Rechte entziehen konnte, oder ob nicht vielmehr sein Judikat, welches er in einer ihm fremden Sphäre erließ, eben deßwegen null und nichtig sey, weil er sich in das Gebiet des Eigenthums und der wohl erworbenen Rechte einmischte.

Gegen die Abweisung mit meiner Klage ergriff ich in tiefster Ehrfurcht die Berufung, fand aber gegen meine Erwartung bei dem hohen Gerichtshofe eine gerechte Abhilfe und Würdigung meiner Beschwerden nicht, indem ich am 28. Nov. mit meiner Berufung abgewiesen wurde.

Gegen diesen sehr gravirlichen Ausspruch ergreife ich in allertiefster Submission das Rechtsmittel der Aktenrevision, welches formel gerechtfertigt ist:

a) wegen hoher Wichtigkeit der Sache, und weil mein theuer erworbenes Eigenthum — mit Umgehung des Civilrichters der ganz inkompetenten Polizeibehörde zur Disposition gestellt werden will.

b) Weil die am 28. dieß zu Ende gehenden 30tägigen Fatalien noch im Laufe sind.

Was hingegen meine materielen Gründe betrifft, so sind diese zum Theil schon in meiner Berufungsschrift ad II^dam enthalten, theils liegt es mir ob, die Entscheidungsgründe des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses zu widerlegen, welches hiemit nachstehendermassen geschieht.

Es handelt sich nur allein um die Frage, ob das, worüber die Polizeibehörden verhandelt, und entschieden haben, meine Eigenthumsrechte affizire, oder nicht?

Ich behaupte das erstere, und suche meine Hilfe vor dem Civilrichter, welcher bloß deßwegen vorhanden ist, um die

vor ihn gebrachten Civilklagen zu untersuchen, und zu entscheiden.

Diese nachgesuchte Hilfe kann aber dem Suchenden unter dem Vorwande nicht verweigert werden, daß schon eine Polizeibehörde hierin verhandelt habe; denn deren Verhandlungen können sich — giltig, nie weiter erstrecken, als so weit es die salus publica erfodert; niemals können sie Konflikte zwischen Privatpersonen entscheiden, welche auf Privatrechtsverhältnissen beruhen, und wenn sie es, wie in concreto, dennoch gethan haben, so muß der Civilrichter die vor sein Forum gehörige Sache vor selbes reklamiren und dem Verletzten sein Recht zuerkennen, ohne Rücksicht auf eine entgegenstehende — rechtsverletzende, mithin nichtige Handlung des Polizeibeamten.

Ich räume ein, daß die Polizeigewalt, so weit sie sich in ihrer Sphäre bewegt, von der richterlichen Gewalt unabhängig sey; wenn man ihr aber zum Vorwurfe macht, daß sie ihr Gebiet verlassen, und sich einen Eingriff in die Justizgewalt erlaubt habe, so muß der Civilrichter die ihm entzogene Sache reklamiren, und zu Recht erkennen, daß allerdings ein unstatthafter Eingriff in die Sphäre der richterlichen Gewalt statt gehabt habe.

Man darf sich den Fall nur umgekehrt denken: z. B. der Richter entscheidet, daß ein — ganz polizeiwidrig geführter Bau bestehen könne, weil der Eigenthümer auf seinem eigenthümlichen Grundstücke baute. Werden sich die Polizeibehörden diesen Eingriff in die Baupolizei gefallen lassen, weil die Justizgewalt von der Polizeigewalt unabhängig sey? Gewiß nicht, sondern die Polizeibehörde wird den — ohne polizeiliche Genehmigung, und polizeiwidrig geführten Bau ohne Rücksicht auf den civilrechtlichen Ausspruch niederreißen, und sich in ihrem gesetzlichen Wirkungskreise zu erhalten wissen!

Warum dieses nicht vice versa auch bei der Justizgewalt der Fall seyn soll, ist nicht abzusehen. Eben, weil die richterliche Gewalt in ihrer Sphäre unabhängig, und sogar gegen Einflüsse des Kabinets gesichert ist, darf sie auch vor den Polizeibehörden, wenn diese ihre Bahn überschritten haben,

keine Unterwürfigkeit äußern, sondern sich in Rechtsgegenständen die Entscheidung zueignen, und unbefugte Entscheidungen der Polizeibehörde aufheben, wie es schon mehrmal geschehen ist.

Das kön. Appellationsgericht gesteht mir selbst zu, daß der — in seinen Rechten durch die Polizei gekränkte Private befugt sey, seine privatrechtlichen Ansprüche durch förmliche Klagestellung wider seinen Gegner bei Gericht geltend zu machen, und dieses ist auch mein Plan, und meine Tendenz in concreto; allein ich habe die exceptionem rei judicatae zu befürchten, denn so lange die Erkenntnisse der Polizeibehörden nicht als nichtig aufgehoben wurden, steht mir jene Einrede immer hemmend entgegen; ich muß daher zuvörderst das Terrain räumen, um meiner Klage den Weg zu bahnen.

Kann und muß der Richter mir mein Recht zuerkennen, wenn ich meine Ansprüche durch eine Civilklage begründe, so muß er immerhin die entgegenstehende Entscheidung der Polizeibehörden, wenigstens stillschweigend, oder factisch aufheben: Nun bin ich aber der Meinung, daß er berechtiget seyn müsse, auch expressis verbis auszusprechen, was ihm stillschweigend zu thun von dem kön. Appellationsgerichte ausdrücklich eingeräumt wurde.

Hätte ich gegen K. die Actionem negatoriam oder irgend eine ähnliche Civilklage gestellt, und würde dieselbe als rechtsbegründet anerkannt, so enthielt die mir günstige Entscheidung des Civilrichters unvermeidlich eine stillschweigende Aufhebung der polizeilichen Entscheidungen, mithin muß der Civilrichter competent seyn, sie zu annulliren, sonst könnte seine Entscheidung nicht in Vollzug gesetzt werden. Kann er es aber factisch thun, so muß er es auch mit Worten thun können.

Man kann sich gegen die Mißgriffe der Unterbehörden nicht sicher genug stellen, denn wenn einmal eine Behörde, wie in concreto das Landgericht F. als Civilgericht angerufen, — wenn eine Civilklage gestellt, und von dem Beklagten civilrechtlich excipirt wird, und das Landgericht entschei-

det als Polizeibehörde: kann man sich denn augenfälligere Nullitäten denken?

Offenbar ist hier der Fall gegeben, daß eine Nichtigkeit besteht, und daß ich berechtigt bin, deren Aufhebung und Beseitigung vor allem zu fodern.

Hätte ich per inconcessum meine Nullitätsklage nur in Verbindung mit der anzustellenden Hauptklage selbst anstellen können, so hätte ich jedenfalls mit ersterer nicht unbedingt, oder definitiv, sondern nur in angebrachter Art abgewiesen werden können.

Ich bitte daher allerunterthänigst, reformando zu Recht zu erkennen, daß meine Klage a limine nicht, oder höchstens nur angebrachtermaßen abzuweisen sey.

Den 22. Dez. 1838.

X. F.

11.

Erkenntniß IIItiae.

»Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des Franz Xav. F. zu H. gegen Anton K., Müller zu H., wegen Annullirung administrativer Verhandlungen auf die von des ersten sub praes. 24. Dez. v. Js. eingereichte Revision zu Recht:

Daß eine Berufung zur dritten Instanz nicht Statt finde, und Revident in die dießfallsigen Kosten und in eine Strafe von 10 fl. zu verfällen sey.

Gründe.

Nach § 52. Nr. 1. der Prozeßnovelle vom 17. Novemb. 1837 ist zwar gegen Bescheide und Dekrete, wodurch die Klage ohne weitere Einleitung des Verfahrens abgewiesen wird, eine Appellation zur zweiten Instanz zulässig; es greift aber, wenn in einem solchen Falle diese gleichförmig mit der

ersten Instanz erkennt, nach § 54. Nr. 1. l. c. eine weitere Appellation an die dritte Instanz nicht mehr Platz.

In gegenwärtiger Sache wurde die Klage des Franz Xav. F. vom 20. Nov. et praes. 1. Dez. 1837 ohne daß eine Instruction derselben eingeleitet worden wäre, von dem kön. Landgerichte F. sogleich abgewiesen, und gleiche Abweisung erfolgte auch bezüglich der hierauf ergriffenen Berufung durch das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts dd. 31. Okt. 1838.

Eine Revision erscheint demnach bei dem Vorausgehen zweier gleichförmiger Bescheide gemäß der oben allegirten Gesetzesstelle als unzulässig und Revident mußte deßwegen hiemit zurückgewiesen, und da er sie gegen die klaren Bestimmungen des § 4. eingelegt hat, nach Maßgabe des weiter unten folgenden § 65. Abth. II. nebst Verurtheilung in die Kosten, auch noch in eine Geldstrafe verfällt werden.

M. den 12. Juli 1839.

Rechtsfall XXI.

Über die sogenannten

Amtmanns-Garben.

Mitgetheilt

von

Herrn Doktor Mündler,

Kön. Advokaten zu Pfaffenhofen.

Gegenwärtigen Rechtsfall überreiche ich mit dem Wunsche, daß gleich mir selbst jeder verehrliche Leser die Verhandlung auch der dritten fiskalischen Klage vermissen möge.

Der Herausgeber.

I.

Spolienstreit.

Einleitung.

Als in frühern Zeiten das Dorf Groß-M. noch ein Bestandtheil des churfürstlichen Pfleggerichts V. war, befand sich im Markte Pf. ein exponirter oder ehemals s. g. Gebiets-Gerichts-Diener, welcher als das untergeordnete Organ der Polizei-Aufsicht anzusehen war, und hauptsächlich auch die Aufsicht über Verhütung der Feldschäden führte.

Für diese Funktion erhielt der Gerichtsdiener von sämmtlichen Großbegüterten eine gewisse Gabe oder Sammlung, nämlich von einem ganzen Hofe 4 Garben und von einem halben zwei und zwar die Hälfte in Korn, die andere Hälfte in Haber.

Als das Pfleggericht V. aufgelöst und dem Landgericht J. einverleibt wurde, und die Landgerichte überhaupt eine andere Verfassung erhielten, hörte die Funktion, so wie die Existenz eines Gerichtsdieners in Pf. gänzlich auf (ao. 1803) und die Gemeinde M. war veranlaßt, eigene Flurschützen oder Feldhüter aufzustellen, welche noch bis jetzt bestehen, und von den begüterten Unterthanen salarirt werden.

Ohngeachtet sich nun diese Verhältnisse seit 19 Jahren gänzlich verändert haben und insbesondere alle Sammlungen der Gerichtsdiener gesetzlich abgeschafft wurden, so fiel es doch dem k. Rentamte J. im Jahre 1822 bei, von sämmtlichen Großbegüterten des Ortes M. die ehemals dem Gerichtsdiener gereichten Garben (die s. g. Amtmannsgarben) zu fodern.

Gegen diese Anfoderungen aber protestirten die Gemeindeglieder von M., und als das Rentamt J. hierauf nicht achtete, wendeten sie sich unterm 31. Juli 1822 an die kön. Regierungs-Kammer der Finanzen mit der Bitte, sie mit diesen Foderungen des kön. Rentamts zu verschonen.

Die kön. Regierung erließ jedoch am 3. Sept. ej. an. folgendes Rescript:

Nachdem schon vermöge des uralten Saalbuches de ao. 1494 jeder Bauer von M. schuldig war, dem dortigen Gerichtsdiener zwei Roggen- und zwei Haber-Garben jährlich zu reichen, — das Saalbuch von 1773 der nämlichen Abgabe Erwähnung macht, — das Hofanlagsbuch die Pflichtigen namentlich und das Quantum der Garben-Reichniß spezifizirt aufzählt — zufolge des churfürstl. General-Mandats vom 29. Juli 1779, und durch gnädigsten Befehl vom 3. März 1780 alle dergleichen Bezüge der aufgehobenen Gerichtsdiener ad aerarium eingezogen worden sind, und Beweis der Rechnungen von 1781 — 1804 diese Abgabe von den M.'gern auch jederzeit entweder in natura oder mittelst Pachtung an Geld berichtiget worden ist, — von dieser Zeit an aber die Erhebung lediglich durch ein erweisliches Versehen der Amtirung unterblieben ist, so unterliegt es durchaus keinem Bedenken, daß diese Garben auch noch ferners zu verreichen, daher von dem kön. Rentamte die Gebühr noch einzuheben und in der Rechnung 1821/22 gehörig in Zugang zu bringen und zu verrechnen seyen.

Nun reklamirten die Gemeinde-Glieder von M. am 24. Sept. 1822 zum kön. Rentamt J. daß, nachdem die Gründe der kön. Regierung sie nicht von ihrer Schuldigkeit überzeugt hätten, sie die von ihnen gefoderte Bezahlung auch nicht leisten würden, sondern wenn die kön. Regierung auf dieser Abgabe stehen bleiben zu müssen glaube, sie dieselbe im Rechtswege geltend zu machen habe, und als das königl. Rentamt J. die Gemeinde-Glieder demungeachtet zur Bezahlung auffoderte und zwar bei Vermeidung competenzmäßiger Einschreitung, so provozirten sie den kön. Fiskus am 19. Nov.

1823 zur Klagestellung, welche derselbe auch sub praes. 6. April 1824 folgendermaßen erhob:

Im Herzogthume Bayern befanden sich vor dem J. 1779 Beischergen oder Gerichtsdiener, deren Besoldung theils aus den Staatskassen unmittelbar bestritten, theils auch durch Naturalabgaben gedeckt wurden, welche die Unterthanen an sie reichen mußten. Durch das General-Mandat vom 29. Juli 1779 wurden diese Gebiets-Gerichtsdiener oder Beischergen, reducirt; dagegen wurde durch eine weitere Resolution vom 3. März 1780 verfügt, daß alle Accidentien, Feld und Wiesgründe u. dgl. zum Ärarium eingezogen werden sollen, die dieselben als Besoldung bezogen.

In Groß-M. bestund ein solcher Gebiets-Gerichtsdiener. Saalbuchmäßig hatte er von der Gemeinde Groß- u. Klein-M. eine Futtersammlung an Korn und Haber als Besoldungstheil zu ziehen, und zwar halb in Korn, halb in Haber, von jedem Hof vier Garben.

In Gemäßheit der eben beregten Einziehung dieses Genusses zu den landesherrl. Kassen wurde derselbe vom Jahre 1781 — 1790 auf 9 Jahre hindurch verpachtet und das Pachtgeld bei dem churfürstl. Amte V. verrechnet.

Nachdem diese Pachtzeit vorüber war, wurden die jährl. Garben nach dem bisherigen Pachtmaßstabe vermöge landesherrlicher Erlaubniß von den pflichtigen Gemeinden in dem Gesammtbetrage zu jährl. 6 fl. vom Jahre 1795 bis zum Jahre 1801 einschlüssig immer bezahlt und verrechnet.

Mit der ausdrücklichen Verwahrung gegen die Absicht, jetzt schon in das petitorische Verhältniß eingreifen zu wollen, hat Unterzeichneter über das Entstehen der libellirten Schuldigkeit lediglich pro informando judicio die erfoderliche geschichtliche Notiz einflechten wollen, und um vielleicht die irre geleiteten Unterthanen über das richtige Verhältniß der Sache aufzuklären und zu einer billigen Annäherung geneigter zu machen.

Dieses vorausgesetzt, führt Unterzeichneter folgendes in Beziehung auf den Besitzstand an:

Urkunden thun dar und Zeugen werden erhärten, daß das landesherrliche Ärar immer in dem Bezuge der libellirten Renten sich directe oder indirecte befand, bis die Beklagten im J. 1803 sich derselben weigerten. Diese Weigerung ist eine eigenmächtige. Solche Eigenmacht setzen die Gesetze in die Reihe der Spolien. Das Spolium muß vor allem abgethan und dem Spolianten aller Schaden vergütet werden. Den Betrag dieses Spoliums gibt die Beilage.

Auf den Grund der beigebrachten Behelfe, dann der Gesetzesstellen Cod. civ. P. II. c. 5. § 11. und Cod. jud. c. 3. § 4. Nr. 10 — § 5. Nr. 2. lit. c. und c. 1. § 1. Schmids Lehrb. von Klagen und Einreden VI. Ausg. § 213. bittet man: daß die Beklagten verurtheilt werden, nicht nur den libellirten Betrag des vom J. 1804 bis 1822 dem kön. Ärar zugewachsenen Entganges ad 157 fl. zu ersetzen, sondern auch allen andern Schaden, gerichtl. und außergerichtl. Kosten zu vergüten; endlich mit der Reichniß so lange bei 20 Thaler Strafe fortzufahren, bis sie im Wege der Klage ihr angebliches Recht auf Befreiung davon erklecklich werden dargethan haben.

Exception

der

Gemeinde-Verwaltung Groß- und Klein-M.

Auf die Klage des königl. Finanzfiskalats des *** Kreises können wir uns zur Zeit nicht einlassen, sondern müssen derselben vor allem die präjudiziellen exceptiones haud rite electi rei, deficientis legitimationis passivae, et inepti libelli opponiren.

Diese Klage ist gegen die Gemeinde Groß- u. Klein-M. gerichtet; allein aus dem Inhalte will hervorgehen, daß nicht sowohl die Gemeinden als Corporationen oder mysti-

sche Personen, sondern die einzelnen Gemeindeglieder es seyen, welche der königl. Fiskus belangen will; wenigstens deuten die der Klage adhibirten Urkunden, welche wir übrigens bis zu erfolgender Original-Production durchaus nicht anerkennen wollen, offenbar dahin, daß die eingeklagte Verbindlichkeit lediglich auf den singulis der Gemeinden und nicht auf dem Gemeinde-Vermögen haften solle.

Dieses ist aber ein höchst wesentlicher Unterschied; denn die Gemeinde als solche wird durch die Gemeinde-Verwaltung vertreten und es müssen die Bestimmungen des Regulativs vom 24. Sept. 1818 Regbl. 1818, S. 1111 et seq. § 24. genau beobachtet werden, was aber bisher aus dem sehr wahrscheinlichen Grunde unterblieb, weil auch ein k. Landgericht J. die Meinung theilt, daß die Klage ganz ungeeignet gegen die Gemeinde gestellt worden sey.

Wollte aber Fiscus regius die einzelnen Gemeindeglieder belangen, so hat er sich nicht nur eine unerlaubte Klagenhäufung zu Schulden kommen lassen, sondern sich auch gegen die Vorschrift der Gerichts-Ordnung verfehlt, indem nach cap. 4. § 7. Nr. 1. in der Klage jeder Beklagte einzeln und persönlich benannt seyn muß, außer dessen sich die Klage unter Aufseilung aller Kosten zur Verwerfung eignet.

Dieses Erfoderniß ist aber im vorliegenden Falle um so unerläßlicher, als den einzelnen Gemeinde-Gliedern sehr verschiedene Einreden zustehen, deren sich nicht jeder gleich bedienen kann, wie der andere.

So haben sich, um nur ein Beispiel anzuführen, seit 21 Jahren bei den meisten Gütern Veränderungen in der Person der Besitzer ereignet. Einige kamen an die Kinder der vorigen Besitzer, einige gingen in ganz fremde Hände über. Geht die actio spolii gegen die Erben der Spolianten und gegen einen dritten Besitzer? Da nun die actio spolii nicht einmal gegen den Erben des vermeintlichen Spolianten, vielweniger gegen einen Dritten angestellt werden kann, so ist es klar, daß der größere Theil der einzelnen Gemeinde-Glieder gar nicht einmal angehalten werden könne, sich auf den Streit

einzulassen, und daß hinreichende Gründe existiren, sich der ungesetzlichen cumulatio actionum zu widersetzen.

Ohne daher an der jenseitigen Klage das Mindeste eingestehen zu wollen, bittet die Gemeinde-Verwaltung um Entbindung von der Instanz und Verwerfung der inepten Klage unter Verurtheilung in alle hiedurch veranlaßten Kosten.

Sollte aber wirklich die Gemeinde qua persona moralis als geklagter Theil gemeint worden seyn, so wollen gleichwohl vor allem noch die in dem oben allegirten Regulative enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen beobachtet werden.

Replik.

Die Beklagten haben nur dilatorisch excepirt:

Ihre dilatorischen Einreden sind aber von keiner solchen Beschaffenheit, daß sie nach den Bestimmungen der Gerichts-Ordnung cap. 6. § 4. könnten selbstständig angebracht werden; denn sie sind in keinem Wege so evident gemacht, daß die Verbindung der zerstörlichen Einreden hätte entbehrlich werden können.

Die Beklagten meinen, es wäre in der Klage nicht sattsam ausgedrückt, wer der eigentliche Beklagte sey, ob nämlich die Gemeinden als Körperschaften, oder die einzelnen Gemeindeglieder verstanden seyen?

Ein flüchtiger Blick auf den Zusammenhang des Klagewerkes gibt zu erkennen, auf welchem seichten Grunde der gegnerische Zweifel beruht.

Der Begriff Gemeinde hat nach dem Sprachgebrauche eine mehrfache Bedeutung; bald versteht man darunter die eigentliche Körperschaft mit den ihr als solcher anhängenden Attributen, bald aber bezeichnet man dadurch die in der Gemeinde lebenden Gemeindeglieder in ihrer Vereinzelung.

Daß in der vorschwebenden Klage die Gemeinden nur in dem letzten Sinne verstanden sind, gibt der Inhalt der Klage deutlich. Es heißt gleich am Eingange, daß die Unterthanen dem ehemaligen Gebietsgerichtsdiener verschiedene Reichnisse geben mußten, und in der Klagsbeilage A. sind die pflichtigen Unterthanen, so wie sie belangt sind, nach ihren Guts-

besitzungen speziel aufgeführt. Als Besitzer dieser einzelnen Güter, die in den bestimmten Gemeinde-Bezirken liegen, hat sie der kön. Fiskus belangt. Klagsbeilagen, auf welche sich in der Klagschrift ausdrücklich bezogen, sind eben so gut ein Bestandtheil der Klageschrift selbst, als die Zahlen, die in der Klagschrift geschrieben sind.

Denn wenn man den von den Gegnern gemachten Unterschied annehmen wollte, so würde das Absurdum folgen, daß man alle Beilagen in die Klagschrift hineinschreiben müßte, wenn sie eine Bedeutung haben sollten.

Gerade diese in Bezug genommene Beilage B. und die Beilage C. reden immer von den pflichtigen Bauerngutsbesitzern in den genannten Gemeindebezirken.

Die beklagten Gemeindeglieder machen ferner die Rüge, daß der kön. Fiskus, wenn er auch die Gemeindeglieder in ihrer Einzelnheit aufgegriffen habe, eine unerlaubte Klagenhäufung sich zu Schulden kommen ließ. Darin irren aber die Gegner; denn im vorliegenden Falle ist der Klagegrund, so wie die Reichniß, um welche geklagt wird, von der nämlichen Beschaffenheit, und in solchen Fällen ist es sogar nicht erlaubt, die Klaglibelle zu vereinzelnen. **Cod. jud. cap. 4. § 9. et in notis.**

Gleich unrichtig ist die Bezugnahme der Gegner auf cap. 4. § 7. Nr. 1; denn in der Klagschrift sind alle Klein- und Großbegüterten benannt. Es ist keineswegs nothwendig, sie mit Vor- und Zunamen zu bezeichnen, da sie unter der Benennung: Groß- und Kleinbegüterte in Groß- und Klein-M. dem Gerichte hinlänglich bekannt und leicht zu finden sind.

Sey es, daß seit der Zeit, als die eigenmächtige Weigerung dieser Reichniß begann, in dem Besitze der resp. einzelnen Güter mancherlei Veränderungen vor sich gegangen sind, so trägt das den Gegnern gar nichts für; denn alle Groß- und Kleinbegüterten in Groß- und Klein-M., welche die in der Klageschrift und den Beilagen benannten Liegenschaften besitzen, weigern noch in dem Augenblicke gegen die Anfoderungen des kön. Rentamts sich dieser Reichniß.

Als diejenigen, welche das Spolium fortsetzen, müssen sie alle dasselbe Klagerecht gegen sich zugestehen, das der k. Fiskus gegen die ursprünglichen Weigernden gehabt hatte, oder noch besitzt.

In einem solchen Falle gestatten die Gesetze die Spolienklage auch gegen Erben und successores singulares.

Es ist nunmehr sattsam dargethan, daß die gegner'schen streitverzögerlichen Einreden alles Grundes entblößt sind, und da sie unterlassen haben, ihre peremptorischen Einreden vorzubringen, so ist die Folge hievon, daß sie derselben verlustig sind. Cod. jud. cap. 6. § 2, weßhab die Klagsbitte widerholt wird.

Duplik

der Gemeinde Groß- und Klein-M.

Ob es eine causa praejudicialis sey, wenn erst die Legitimation berichtiget, die Person des Beklagten ausgemittelt, und die Klage den Gesetzen angemodelt werden muß, hierüber wird wohl unter Rechtsverständigen kein Zweifel mehr obwalten; wir wiederholen daher unsere Einreden, und vertrauen auf die richterliche Entscheidung. Wie wäre eine Exception in der Hauptsache oder eine peremptorische Einrede denkbar, so lange die Klage noch nicht richtig gestellt ist, und über die Person des Beklagten noch billige Zweifel obwalten?

Das Gesetz versteht unter einer Gemeinde nichts als eine Körperschaft, welche zum geselligen Zusammenleben sich vereiniget hat, und sowohl gemeinschaftliche Rechte genießt, als auch gemeinschaftliche Verbindlichkeiten zu erfüllen hat.

Nur in dieser gesetzlichen Bestimmung kann das Wort Gemeinde bei Gericht gebraucht werden, und fremd muß jeder Behörde der oft sehr triviale und verderbte gemeine Sprachgebrauch seyn.

Es gehört zu den Erfodernissen der Klage, daß die streitenden Theile genau bezeichnet werden. Dieser gesetzlichen Bestimmung wird aber nicht genügt, wenn der Kläger statt in der

gesetzlichen Sprache zu sprechen, sich herabsetzt und absichtlich einen verdorbenen Sprachgebrauch adoptirt.

Allein diese replikantische Exculpation ist in keinem Falle genügend; denn wenn man bloß die einzelnen Individuen belangt haben will, so findet keine subjektive Klagenhäufung statt, und jeder Beklagte muß in der Klagschrift selbst benannt seyn. So bestimmt es der Cod. jud. cap. 4. § 7. Nr. 1., und wir kennen kein Gesetz, nach welchem eine Beilage die Klage surrogirt. Was übrigens die Beilage Lit. A. betrifft, so lebt von den hierin bezeichneten Beklagten nur ein einziger mehr, also kann diese Bezugnahme in keinem Falle genügen, wenn das kön. Fiskalat jenen Individuen nicht in das Reich der Todten folgen will.

An eine Fortsetzung des Spoliums ist um so weniger zu denken, als einestheils der kön. Fiskus keinen Besitz nachgewiesen hat, und anderntheils die gesetzlichen Vorbedingnisse des Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. Nr. 2 und 3., dann des Cod. jud. cap. 4. § 2. Nr. 6. nicht vorhanden sind.

Wir belegen daher die ganze gegentheilige Replik mit dem generelen Widerspruche, und wiederholen die ganze Exception nebst den hierin gestellten Petiten.

Mit Dekret vom 22. Febr. 1825 setzte das kön. Landgericht J. Tagsfahrt zur Aufnahme des Litisconsortiums; die Gemeinde Groß- und Klein-M. erinnerte jedoch am 5. Apr. ej. ai., daß von allen in der Klagsbeilage benannten Individuen nur ein einziges mehr am Leben sey, und über Einen Beklagten wohl nicht ein Litisconsortium formirt werden wolle? weßhalb dann das Landgericht J. alle Groß- und Kleinbegüterten von Groß- und Klein-M. zur Bildung des Litisconsortiums vorlud, und als dieß geschehen war und der kön. Fiskus in einem Exhibit vom 22. Nov. 1825 bat, „nunmehr dem in seiner Klage vom 26. März 1824 gestellten Petitum gemäß zu verfahren," setzte das Landgericht J. nochmal Tagsfahrt zur Verhandlung der Sache an.

Bei dieser excipirte der Anwalt der Groß- und Kleinbegüterten Folgendes:

Die Groß- und Kleinbegüterten der Gemeinde Groß- und Klein-M. sind zwar durch ein inappellables Dekret angehalten worden, ein sogenanntes litis consortium zu formiren und einen gemeinschaftlichen Anwalt zu ihrer rechtlichen Defension zu erwählen, wogegen sie sogleich eine Verwahrung eingelegt haben, gleichwie sie sich gegen alle seitherigen Verhandlungen, insbesondere auch die Commissions-Anberaumung wiederholt und ausdrücklich verwahren; allein da die Gründe ihrer Verweigerung des lit. consortii nicht bloß formeler Natur sind, sondern in das Materiele der Sache selbst eingreifen, so müssen die Beklagten alle ihre bisher vorgeschützten und noch durchaus nicht rechtlich abgeurtheilten dilatorischen Einreden wörtlich hieher wiederholen, nämlich

1) die Einrede gegen die unstatthafte subjektive Klagenhäufung.

Solche Cummulationen sind ein für allemal verboten, mithin kann auch der Richter hievon nicht dispensiren. Die Erheblichkeit dieser Einrede wird sich sogleich zeigen.

2) Die Klage enthält in sich einen sehr großen Widerspruch; denn einerseits ist dieselbe gegen sämmtliche Groß- und Kleinbegüterte in den beiden Gemeinden Groß- und Klein-M. gerichtet, andrerseits sind nur die — in der Klagsbeilage bezeichneten Individuen als die wahren Beklagten angegeben.

Nun sind aber diese in der Beilage benannten Individuen bei weitem nicht die sämmtlichen Groß- und Kleinbegüterten der Gemeinde Groß- und Klein-M., sondern nur etwa der sechste Theil.

Wenn daher alle Gemeindeglieder sich über die Theilnahme an dem Streite erklären müßten, während nur der kleinste Theil als belangt anzusehen ist, so entsteht die größte Inconvenienz, wenn so manche Einzelne, welche gar nicht geklagt wurden, excipiren müssen und die obige Behauptung der Unzulässigkeit der Klagenhäufung wird vollkommen gerechtfertiget.

Die Beklagten können daher zur Streitseinlassung so

lange nicht angehalten werden, als jene Mängel nicht gehoben sind.

Da nun als bekannt angenommen werden darf, daß die Klage nicht gegen die Gemeinden qua Corporationen, sondern nur singulos gerichtet sey, so bringe ich, jedoch pro informatione judiciali und zum Beweise des wesentlichen Einflusses, welchen vorstehende dilatorische Einreden auf die Hauptsache selbst haben und nur sub protestatione expressa contra litis contestationem, nachstehende, peremtorische Einreden vor:

1) Muß als unwahr widersprochen werden, daß ein jeweiliger Gebietsgerichtsdiener in Groß-M. eine rechtmäßige Besoldung von den Groß- und Kleinbegüterten in Groß- und Klein-M. bezog, und daß diese aus Rücksicht dienstlicher Verhältnisse schuldig waren, ihm eine jährliche Reichniß von zwei Korn- und zwei Habergarben vom Hofe zu reichen.

Wenn auch per inconcessum der Gerichtsdiener von manchem Begüterten jährlich gewisse Garben bezogen haben sollte, so geschah dieses doch nicht in Folge einer Berechtigung von Seite des Gerichtsdieners, sondern von Seite der Unterthanen freiwillig und resp. zur Remuneration dafür, weil sie den Gerichtsdiener öfters ersucht hatten, bei Gelegenheit seiner übrigen Verrichtungen, die Aufsicht über ihre Felder, resp. gegen Feldbeschädigungen, zu führen, daher dasjenige, was bloß aus gutem Willen von Einzelnen geschah, niemal die Gesammtheit aller Einzelnen verbinden kann.

2) Wenn der Gerichtsdiener keine rechtlichen Ansprüche auf Besoldung in Geld oder Naturalien gegen die Begüterten begründen konnte, so folgt von selbst, daß auch auf das kön. Ärar, welches jene Besoldungen an sich zog, keine derlei Ansprüche übergehen konnten, und wenn a parte fisci der Beweis des Besitzstandes geführt werden will, so muß derselbe auf jene Zeit zurückgeführt werden, wo die Gerichtsdiener noch bestanden; denn wenn diese kein Recht hatten, eine Besoldung von den Unterthanen zu fodern, so konnte auch ein solches auf das höchste Aerar nicht übergehen.

Das Saalbuch macht als scriptura propria pro scribente ohnehin keinen Beweis, und trägt die gesetzlichen Erfodernisse durchaus nicht an sich; es ist von Niemand unterschrieben und bezieht sich auf ein älteres, wird also in jeder Beziehung diffitirt, weil Niemand sich durch seine eigene Angabe Rechte erwerben kann.

Aus der Beilage Lit. B. ist durchaus nicht ersichtlich, daß jene Individuen, welche dermal belangt wurden, die nämlichen seyen, deren angebliche Reichniß an Fr. H. verpachtet wurde, zumal aus dem Saalbuche hervorgehen will, daß die Obleute diese Garben ausdreschen lassen, daher nicht wahrscheinlich ist, daß diese Abgaben bloß einzelne Individuen betroffen habe. Die Beilage Lit. D. hat aber vollends gar keinen Werth und ist eine bloß einseitige Aufzeichnung, ohne rechtliches Fundament.

Die sub Lit. C. angebogenen Rechnungs-Auszüge sind nicht nur abermals bloße scripturae propriae, bloß auf das Saalbuch gegründet, sondern der Vortrag in denselben spricht weit mehr gegen, als für die Klagsbehauptung; denn wenn jeder einzelne, pflichtige Unterthan seine treffenden Korn- und Habergarben alljährlich ad aerarium verreicht hätte, so hätte diese Einnahme bei der fortwährenden Verschiedenheit der Getreidpreise unmöglich alljährlich 6 fl. ausmachen können, gleichwie schon die Urkunde Lit. A. die Sache als unbeständig erklärt. Auch in diesen Rechnungen vermißt man die namentliche Aufführung der pflichtigen Unterthanen, daher die Identität durchaus nicht nachgewiesen werden kann. Übrigens ersieht man aus den Rechnungen, daß diese 6 fl. nur als eine durchlaufende Post in der Einnahme und in der Ausgabe vorgetragen worden seyen, daher man, weil das Rentamt sich nicht in Wirklichkeit, sondern nur auf dem Papiere in dem Besitze befand, von einem Spolium schon an und für sich gar nicht reden kann, indem durchlaufende Posten nur eine fingirte Einnahme sind und keine wirklich statt gehabte.

3) Gleichwie dem klagenden Theile der Besitz abgesprochen werden muß, eben so wenig fand eine Ejektion statt;

denn wenn sich das kön. Ärar je in dem Besitze befunden hätte, so hätte es, wenn seine Foderung liquid gewesen wäre, dieselbe sofort geltend machen und im Weigerungsfalle durch Exekution erholen können; allein dieses geschah bis auf die neuesten Zeiten, nämlich bis 1822, nicht; das Rentamt verzichtete selbst auf diese angebliche Foderung, und trug sie nicht einmal in den Rechnungen mehr vor, und die behauptete Ejektion wird feierlich widersprochen. Schon die Foderung der Nachbezahlung seit 1804 beweiset den Nichtbesitz des kön. Ärars, mithin die Unstatthaftigkeit der Spolienklage.

4) Wie schon früher bemerkt wurde, so sind die in der Klagsbeilage bezeichneten Individuen nicht mehr bei Leben, und es wurde in der Klage kein rechtlicher Grund angegeben, in wie ferne der kön. Fiskus seine Rechte gegen die jetzigen Beklagten verfolgen will.

Die Spolienklage ist nach Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. ein bloßer Personal-Anspruch, welcher nur gegen den Spolianten und seine Helfer, nicht aber gegen die Erben Platz greift, und noch weniger gegen Dritte statt findet.

Da nun die Beklagten weder Wissenschaft von der fiskalischen Foderung hatten, noch durch das Factum der vorigen Besitzer bereichert wurden, so liegt hierin ein neuer Grund gegen die Zulässigkeit der Klage.

Man will übrigens weder die Eigenschaft eines Helfers, noch die eines Erben eingeräumt haben.

5) Ist durchaus nicht abzunehmen, warum nur einzelne Unterthanen zum Unterhalte des Gerichtsdieners sollten beigetragen haben, während der größere Theil leer durchgeht und nichts bezahlen darf.

Die Foderung der Amtmannsgarben müßte, wenn sie rechtlich begründet wäre, gegen alle Unterthanen statt finden, welche sich ehemals eines Gebietsgerichtsdieners zu erfreuen hatten; so lange sie nur gegen Einzelne gerichtet ist, erscheint sie als das Product der Willkühr.

Der Staat ist verbunden, jeden einzelnen Unterthan der öffentlichen Sicherheit theilhaftig werden zu lassen, und die Gerichte mit dem erfoderlichen Personal zu bestellen; hiefür

bezieht er die Landessteuern, und so wenig eine eigene Besteuerung für den Unterhalt und die Besoldung der Beamten statt findet, so wenig kann eine solche wegen der Gerichtsdiener erhoben werden; denn diese sind nothwendige Bestandtheile der organisirten Gerichtsbehörden.

6) Die Einziehung der Gehalte der Gerichtsdiener kann sich nur auf solche Besoldungstheile erstrecken, worüber der Staat disponiren konnte, z. B. die Salarien aus der Staatskasse, die Dienstgründe ꝛc., nicht aber auch auf solche Reichnisse, für welche es an einem rechtlichen Titel mangelt und welche nur freiwillig gereicht wurden; denn jene Gebietsgerichtsdiener waren eine gefürchtete Klasse von Leuten.

Es wird daher unter generelem Widerspruche des nicht speziel Berührten in quanto et quali, gebeten, zu erkennen:

daß die Geklagten nicht schuldig seyen, sich auf die fiskalische Klage einzulassen, und daß der kön. Fiskus hiemit abgewiesen und in alle Kosten verurtheilt werde.

Nach verhandelter Sache erkannte das kön. Landgericht J. am 30. August 1827 zu Recht:

daß die Beklagten von der gegen sie erhobenen fiskalischen Spolienklage dd. 26. März praes. 6. April 1824 — Garbenreichniß betr. — zu entbinden, und der klagende kön. Fiskus in die Kosten zu condemniren sey.

v. R. w.

Gründe.

Die von dem Fiscus regius mit der Spolienklage übergebenen rentamtlichen Extrakte, welche mit den bei der am 22. Dezbr. 1825 abgehaltenen Kommission producirten Originalien übereinstimmend befunden wurden, beweisen zwar zur Genüge, daß sich das allerhöchste Ärar in dem Besitze der Amtmannsgarben-Reichniß befand, bis die Beklagten im Jahre 1803 sich derselben weigerten.

Nachdem aber, wie aus ihrer Provocationsklage hervorgeht, diese Reichniß bis zum Jahre 1822 nicht mehr gefodert wurde, Fiskus sohin den Besitz freiwillig aufgab, wurden die

Beklagten in einen mehr, denn 10jährigen, ruhigen Besitzstand ihrer Freiheit versetzt.

Da jede Spolienklage als nothwendiges Requisit, ohne welches selbe nicht bestehen kann, eine eigenmächtige, gewaltsame, unjustifizirliche Entsetzung des Besitzes nach Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. in not. Nr. 3. voraussetzt, es der fiskalischen Spolienklage an diesem essentielen Bestandtheil mangelt, erscheint dieselbe als gänzlich grundlos, weßhalb die Beklagten von derselben mit Recht entbunden wurden.

Als unterliegender Theil wird fiscus regius auch in die Kosten condemnirt.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der k. Fiskus die Berufung, und stellte folgende Gravamina auf:

Beschwerde I.

Die Beklagten und Spolianten waren dem Klagsgesuche gemäß in den Ersatz sämmtlicher, nicht geleisteter Zahlungen für die Vergangenheit zu verurtheilen und für die Zukunft zur fernern Leistung anzuhalten.

Der bis zu dem Jahre 1803 bestandene Besitz des kön. Fiskus in der Reichniß der Garben ist durch den Kläger festgestellt, wie die Entscheidungsgründe darthun. Der Richter I. Instanz vermißt jedoch das Merkmal der Dejection, weil der k. Fiskus diese Reichniß nicht mehr bis zum Jahre 1822 einhob, und dadurch den Besitz freiwillig aufgab, sohin die Geklagten in einen mehr als 10jährigen ruhigen Besitz der Freiheit gesetzt wurden.

Gegen diese Voraussetzung bringe ich folgende Gegenbemerkungen an:

a) Bei Reichnissen, die Jemand zu fodern hat, genügt es zur Erhaltung des Besitzes, wenn man zu jeder Zeit sich seines Rechtes unhinderlich bedienen kann; diese facultas exercendi bleibt aber so lange in salvo, bis von anderer

Genügt es zur Erhaltung d. Besitzes, wenn man zu jeder Zeit sich seines Rechts ungehindert bedienen kann, den Besitz aber doch nicht ausübt?

Seite erweislich gemacht wird, daß solche per prohibitionem et acquiescentiam benommen worden.

Cod. civ. P. II. cap. 5. § 9. Note 5.

Hier wird von der vergangenen auf gegenwärtige Possession geschlossen.

Der kön. Fiskus hat überall nicht auf seine Befugniß, die Garben zu verlangen, verzichtet. Die Gegner können keine Bewilligung aufweisen, die dem kön. Rentamte von den vorgesetzten hohen und höchsten Stellen wäre gegeben worden, diese Gibigkeit uneingehoben zu lassen. Ohne eine solche Genehmigung oder Ermächtigung blieb das respektive Rentamt immer zu der Einhebung verpflichtet, und ist ohne selbe ein Aufgeben des Besitzes nicht denkbar.

Demnach ist bis zum Jahre 1822 nirgends eine prohibitio ex una und eine acquiescentia ex altera parte wahrzunehmen. Das kön. Rentamt machte von seiner Befugniß, dieses rückständige Gefäll nachzuholen und beizutreiben, im Jahre 1822 Gebrauch, und hat ihn sächlich dargelegt, indem es den nicht zu Verlust gegangenen, nirgends aufgegebenen Besitz des Ärars in der Befugniß, diese Rente zu fodern, fortsetzte.

b) Die gesetzliche Bestimmung, gemäß welcher das Recht zur Spolienklage 30 Jahre lang dauert, würde unfruchtbar seyn, wenn die Ansicht des Richters I^mae die richtige wäre. Was sollte und könnte es einem Kläger nützen, den Zeitraum von 30 Jahren zu der Anstellung dieser Klage gesetzlich offen zu lassen, wenn er damit zurückgewiesen werden könnte, sobald er sie nicht vor dem Ablaufe von 10 Jahren bei Gericht angebracht hätte? Nach der Lehre des Gerichts I. Instanz hätte er den Spolianten in dem ruhigen Besitz von 10 Jahren gelassen, und sein gesetzliches Recht, diese Klage in den nächsten 20 Jahren noch anstellen zu können, wäre umsonst in den Gesetzen geschrieben. Der Richter I^mae hat übersehen, daß es bei der Spolienklage nicht bloß um die Vergangenheit, sondern daß es auch um die Entfernung einer unrechtmässigen Handlung oder Unterlassung für die Zukunft zu thun sey. Ist die Theorie des Richters I^mae die richtige, so gibt

es gar kein remedium recuperandae poſſeſſionis, weil der Kläger hier immer aus dem Beſitze gekommen, und der Beklagte ſich darein geſetzt haben muß. Und doch ſind es gerade dieſe Merkmale, die zum remedium canonis X. de reſt. ſpolii gehören.

c) Der Richter nimmt ein freiwilliges Aufgeben, einen Verzicht an. Wo iſt denn die nöthige höhere Autoriſation zu dieſem Aufgeben von Seite untergeordneter Rechnungsbehörden? Die Ämter hatten nicht die Befugniß, den Beſitz des Ärars mit Wirkung und rechtlicher Folge aufzugeben. Die äußern Ämter verwalten ntcht jure proprio, ſondern auf den Grund der ihnen vom Staate übertragenen Amtsgewalt. Solche Perſonen können nicht verzichten.

Wenn dritte, die für einen andern Beſitzer den Beſitz verlaſſen, ohne ihn dem Andern einzuräumen und zu extradiren, ſo ſchadet dieß dem Staatsärar nicht, welches nirgend den animum retinendi poſſeſſionem aufgegeben, vielmehr durch die im Jahre 1822 vorgekehrte Einfoderung thatſächlich dargelegt hat, daß dieſer animus nicht aufgegeben ſey.
Cod. civ. P. IV. cap. 15. § 10. et in not. Ibid. II. cap. 5. § 9. in not. Nr. 6.

d) Bei dem poſſeſſorio ordinario, welches der Richter Imae für die Abgabspflichtigen vor Augen gehabt haben mag, muß nicht darauf geſehen werden, wer die ältere Poſſeſſion habe, ſondern es muß die Art und Weiſe geprüft werden, wie man zur Poſſeſſion gekommen iſt, und ob kein vitium darunter ſtecke — daß dem Fiskus hinſichtlich der Thatſache, die in Prozeß gezogene Reichniß erhoben zu haben, der ältere Beſitz zuſtehe und der angebliche Beſitz der Befreiung auf Seite der Abgabspflichtigen jünger ſey, geben die Akten ſo wie die Entſcheidungsgründe ſelbſt an die Hand.

In dieſem angeblichen Beſitze der Freiheit von der Garbenreichniß liegt aber auch das vitium der Clandeſtinität, indem die Weigerung hinter dem Rücken der Landesſtellen und ohne ihre Billigung geſchehen iſt; ferner leidet der Beſitz der Gegner daran, daß er aus einem eigenmächtigen, ſohin unrechtmäßigen facto, hervorgegangen iſt. Es fehlt deß-

halb überall an der rechtmäßigen Begründung des angeblichen Besitzes in der so betitelten Freiheit von der bis zum Jahre 1803 gereichten, und im J. 1822 neuerlich und wiederholt verlangten Garbenreichniß.

Beschwerde II.

Es war übel geurtheilt, daß der kön. Fiskus in die Prozeßkosten verfällt wurde. Derselbe hatte redliche Ursache zum Streite, das Gericht I. Instanz räumte dieses selbst ein; denn es gibt zu, daß der Fiskus bis zum Beginnen der eigenmächtigen Weigerung im Besitze der Garbenreichniß gewesen ist.

Wenn nun derselbe inner dem Termin, inner welchem es gesetzlich erlaubt ist, die Spolienklage anznstellen, zu derselben gegriffen hat, um der eigenmächtigen Weigerung der Gegner Gränzen zu setzen, so hat er nicht temere einen Prozeß angefangen. In solchem Falle können ihm die Streitskosten nicht aufgelastet werden.

Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 3. in not.

Es wird daher gebeten:

Daß die pflichtigen Begüterten in Groß- und Klein-M., wie klagsweise gebeten worden, in die Leistung der Garben für Vergangenheit und Zukunft, sodann in die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten beider Instanzen verurtheilt werden sollen.

Das kön. Appell.-Ger. bestättigte am 12. Febr. 1828 das Erkenntniß des kön. Landger. J. vom 30. Aug. publ. 17. Sept. v. J. unter Verurtheilung des appellirenden kön. Fiskus in die Berufungskosten.

Gründe.

In Bayern waren vor dem Jahre 1729 Beischergen oder Gebietsgerichtsdiener, welche durch General-Mandat vom 29. Juli 1779 reduzirt wurden, mit dem Anhange, daß alle von denselben genossenen Accidentien, Feld-, Wiesen-Gründe, so anderes ad Aerarium eingezogen und auf Erbrecht verkauft werden sollen.

Ein solcher Gebietsgerichtsdiener war auch zu M., und diesem mußten, wie der kön. Fiskus behauptet, von einem jeden Hofe zu Groß- und Klein-M. vermöge Saalbuch vom J. 1494 jährlich 2 Garben Roggen und 2 Garben Haber verreicht werden. Diese Abgaben verabreichten die Pflichtigen auch noch nach Aufhebung der Gebietsgerichtsdiener zeug der vom kön. Fiskus beigebrachten und produzirten Urkunden entweder direkte oder indirekte durch eine genehmigte Aversalsumme von jährl. 6 fl. bis zum Jahre 1803; allein von da an wurde nichts mehr verabreicht, und so beruhte die Sache bis zum Jahre 1823, wo vom kön. Rentamte J. diese Getreidgarbenreichniß für die Jahre von 1803 an exekutivisch eingeheischt werden wollte. Es wurde die Zahlung verweigert und der k. Fiskus provozirt, der denn auch am 6. Apr. 1824 unter ausdrücklicher Verwahrung gegen die Absicht, jetzt schon in das petitorische Verhältniß eingreifen zu wollen, mit einer Spolienklage auftrat.

In dieser sucht er durch Urkunden den frühern Besitz des Rechtes auf erwähnte Reichniß bis zum Jahre 1803 und die hierauf erfolgte Weigerung darzuthun, berechnet den Rückstand seit 1803 auf 157 fl. 58 kr. 7 hl. und bittet, die in der Klagsbeilage aufgeführten pflichtigen Gemeindeglieder zu verurtheilen, nicht nur den libellirten Betrag des dem kön. Ärar zugewachsenen Entganges ad 157 fl. zu ersetzen, sondern auch allen andern Schaden, gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu vergüten, endlich mit der Reichniß bei 20 Thaler Strafe so lange fortzufahren, bis sie im Wege der Klage ihr angebliches Recht auf Befreiung davon erklecklich werden dargethan haben. Von dieser Spolienklage wurden die Beklagten durch Erkenntniß vom 30. Aug. publ. 17. Sept. v. J. entbunden und der kön. Fiskus wurde in die Kosten verurtheilt, wogegen derselbe sich beschwerte.

Jede Spolienklage setzt als nothwendiges Requisit, ohne welches sie gar nicht bestehen kann, voraus, daß der Kläger im Besitze war, und daß er auf eine eigenmächtige gewaltsame und unjustifizirliche Weise entsetzt worden ist. **Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. Nr. 5 et in not. 2 et 3.**

Diese beiden Hauptrequisite haben die Beklagten widersprochen und zugleich mehrere, theils rein dilatorische, theils auch peremtorische Einreden angebracht, wovon aber die dilatorischen verworfen und die peremtorischen, als in das Petitorium eingreifend, nicht beachtet wurden. Den Beweis der Possession bis zum J. 1803 hat der kön. Fiskus durch Urkunden und Zeugen angetreten und zwar in der Replik auf eine nach § 16. der Nov. v. 22. Juli 1819 gesetzlich erlaubte Weise.

Die Urkunden sind produzirt und einige der Zeugen vernommen; allein mehrere noch nicht, und es erschien daher das Beweisverfahren noch nicht als geschlossen; allein es kommt hier deßhalb nicht hierauf an, weil es, wie gezeigt werden wird, doch noch immer an dem zweiten Hauptrequisite der Spolienklage, der eigenmächtigen und gewaltthätigen Entsetzung des Besitzes gebricht und beide Hauptrequisite conjunktiv sind.

Die Spolienklage setzt eine gewaltthätige Besitzentsetzung voraus, ist aber prohibitio ex una u. acquiescentia ex altera parte vorhanden, oder hat der Kläger den Besitz freiwillig aufgegeben, so findet die actio spolii nicht statt.

Der kön. Fiskus gesteht nämlich mehrmals selbst zu, daß die fragliche Getreidgarbenreichniß seit dem Jahre 1803 nicht mehr gereicht wurde. Entweder hat das kön. Rentamt J. dieselbe von den Beklagten verlangt oder nicht; im ersten Falle haben die Beklagten die Zahlung verweigert, und es ist sohin die prohibitio ex una und die acquiescentia ex altera parte vorhanden; und im zweiten Falle wurde der Besitz freiwillig aufgegeben, sohin der kön. Fiskus nicht eigenmächtig von dem Beklagten des Besitzes entsetzt, indem das kön. Rentamt die Befugniß und Mittel genug gehabt hätte, diese Reichniß zu erholen.

Die Beklagten sind in dem mehr als zehnjährigen ruhigen Besitze der Freiheit von der gefoderten Reichniß, und seit dieser Zeit ist der Besitz dem kön. Fiskus zu Verlust gegangen oder aufgegeben worden, ob aus Schuld des königl. Rentamts J., oder nicht, alterirt die Sache nicht; denn das

Recht, wenn der kön. Fiskus ein solches hat, ist dadurch noch keineswegs verloren, sondern es sind nur die Vorzüge des Besitzes verloren gegangen. Da nun das zweite Hauptrequisit zur Spolienklage, nämlich die eigenmächtige, gewaltthätge Depossessionirung, wozu eine bloße Turbation oder Beunruhigung nicht einmal hinreichen würde, mangelt, ja nicht einmal vom kön. Fiskus behauptet wurde, weßhalb die Klage als unbegründet schon a limine gleich anfangs hätte abgewiesen werden können, so fällt die vom kön. Fiskus angestellte Spolienklage von selbst zusammen. Nur eine übrigens vollkommen gegründete Klage kann wegen Verjährung verworfen, resp. zurückgewiesen werden, eine Klage aber, der es an einem Hauptrequisite fehlt, wie der gegenwärtigen Spolienklage, muß zurückgewiesen werden, wenn gleich die Zeit, innerhalb welcher sie angestellt werden kann, sohin hier 30 Jahre, noch nicht abgelaufen ist.

Der kön. Fiskus konnte den Besitz des Rechtes auf diese Reichniß allerdings verlieren, und hat ihn auch wirklich verloren, **Cod. civ. P. II. cap. 5. (19.) §. 9 et in not.**; von einer Dejektion kann sohin keine Rede seyn, und die deßhalb erhobene Beschwerde erscheint als ungegründet, indem für keinen Fall die Beklagten jetzt schon zur Leistung der fraglichen Reichniß angehalten werden können.

Was die weitere Beschwerde des kön. Fiskus wegen des Kostenpunktes betrifft, so ist solche ebenfalls ungegründet, indem die Kosten nicht leicht compensirt werden dürfen, sondern dem unterliegenden, verlustigen Theile überbürdet werden müssen, welcher der kön. Fiskus ist, **Cod. jud. cap. 17. § 4.**, aus welchem Grunde derselbe auch in die Berufungskosten verurtheilt wurde, so daß im Ganzen, wie geschehen, erkannt werden mußte.

Nunmehr ergreift der königl. Fiskus die Revision und führt an:

1) bei unkörperlichen Gegenständen wird der Besitz durch das Verbot auf einer, und die Acquiescenz auf anderer Seite erworben. Im gegebenen Falle hat im J. 1803 und bis zum

J. 1822, also in dem ganzen Zwischenraum, in welchem die Gegner um die Zahlung nicht angefodert wurden, weder eine Weigerung dieser Zahlung von ihrer Seite und eben darum gleich wenig eine Beruhigung von Seite der Staatsbehörden hiebei statt gefunden. Deßhalb haben sie in den Besitz der Freiheit nicht kommen können.

Cod. civ. bav. P. II. cap. 5. § 6. Nr. 7.

2) Der von den decernirenden Gerichten beider Instanzen supponirte Fall, daß das Staatsärar seinen Besitz aufgegeben habe, trifft nicht zu. Man verliert den Besitz animo et corpore nur dann, wenn obverstandene Acquiescenz bei einem gegenseitigen Verbot geschehen ist. Die Gegner haben weder behauptet noch auch dargethau, daß sie im Jahre 1803 bis zum J. 1822 um die nun streitige Reichniß wären angegangen worden, daß sie hierauf solche verweigert hatten, und das Ärar sich dabei beruhigt habe.

Im Gegentheile hat das kön. Rentamt, als es im J. 1822 dieses Gefäll und den Rückstand davon einfoderte, klar an den Tag gelegt, daß animus possessionem retinendi niemal aufgegeben worden war.

Obgleich animus allein ohne actu corporali bei Apprehendirung des Besitzes nicht hinreicht, so erkleckt dieser animus für sich allein doch zur Erhaltung des Besitzes allerdings.

Cod. civ. P. II. cap. 5. § 9. Nr. 3 et 5.

3) Die Spolienklage dauert 30 Jahre lang, sie geht auf die Abwendung einer unerlaubten Eigenmacht für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft. Das kön. Appellations-Gericht meint, die Anführung dieser Dauer nütze dem Fiskus nichts, weil es seiner Klage an der Begründung

a) des Besitzes,

b) der Dejektion fehle.

Allein

ad a) daß der kön. Fiskus den Besitz gehabt und ihn nicht aufgegeben habe, wurde oben auseinander gesetzt.

ad b) Es genügt zum Begriffe der Dejektion, wenn ein Abgabspflichtiger in der Meinung, zu einer bisher gereich-

ten Abgabe nicht weiter verpflichtet zu seyn, dieselbe alsdann eigenmächtig verweigert, wenn sie an ihn gefodert wird.

Diese Verweigerung ist eine sich selbst verstattete Thathandlung — eine Weigerung, die bloß de facto übernommen wird, ohne ein Recht hiezu zu haben. Schmids Lehrbuch von Klagen und Einreden. Ausg. V. § 23. Commentar seines Sohnes hiezu II. Aufl. 1. Bd. S. 377. —

Dem angeblichen Besitze der Freiheit der Gegner steht mala fides entgegen, da sie selbst wußten, daß sie früher zahlten. Er ist vitios, denn an ihnen war es, auch ohne Auffoderung zu zahlen, sie haben demnach claudestim durch ihre Weigerung gehandelt; der Besitz des Ärars ist älter, und beruht auf einen saalbuchmäßigen Titel.

Wenn ein Abgabspflichtiger unter solchen Umständen eine Abgabe verweigert, da sie von ihm gefodert wird, so handelt er de facto, ohne Recht, eigenmächtig, und dieß heißt im Sinne des Gesetzes Dejektion.

Ich beziehe mich übrigens auch auf meine, in der Appellationsbeschwerde vom 2. Nov. 1827 enthaltene Ausführung.

Eine weitere Beschwerde hat der kön. Fiskus, weil er in die Zahlung der Prozeßkosten verurtheilt wurde. Dieß könnte der Fall nur seyn, wenn ihm für seine Klagsache keine Probabilität zur Seite stände. Allein der Gründe für die Aufrechthaltung des Ärarial-Besitzes sind so viele und gewichtige, daß sich der kön. Fiskus getrösten darf, der oberste Gerichtshof werde tiefer in das Wesen des Besitzes eindringen und sich durch die in den zweitrichterlichen Urtheilsgründen enthaltenen Declamationen nicht irren lassen.

Am 30. Mai 1829 erkannte das kön. Oberappellationsgericht und bestättigte das von dem kön. Appellationsgericht für den *** Kreis unterm 12. Febr. 1828 erlassene und am 10. März v. Js. publizirte Erkenntniß mit Verurtheilung des kön. Fiskus in die Kosten dieser Instanz.

Gründe.

I. Schon in formeler Hinsicht hat der k. Fiscus in Beziehung auf die Person der Beklagten seine Spolienklage nicht

gehörig substanzirt, resp. der kön. Fiskus muß, da er in der Replik den Beweis anticipirte und über dasjenige, was ihm in der erwähnten Beziehung zur Substanzirung seiner Spolienklage zu beweisen oblag, gar keinen Beweis machte, mit der erwähnten Klage schon wegen dieses formelen Gebrechens abgewiesen werden; denn

a) die Klagsbeilage A, welche als die Haupturkunde zu betrachten ist, indem durch diese die Befugniß im Allgemeinen und die Größe der prätendirten Abgabe, als aus dem Saal- und Lagerbuche genommen, erhellen soll, enthält nur 27, resp. mit Berücksichtigung der ad Num. 448 angeführten Besitzer 31 Contribuenten.

Selbst die Beilage D, welche das Quantum der Rückstände bezeichnet, führt nur 29 an.

Wenn nun der kön. Fiskus in der Folge behauptete, daß alle Mitglieder der beiden Gemeinden und resp. alle Gutsbesitzer die bemerkte Abgabe zu leisten haben, so steht diese Behauptung im offenbaren Widerspruche mit seinen eigenen Klagsbeilagen und mit dem aufgenommenen Litis consortio, bei welchem 94 Individuen erschienen, und mit der vom k. Fiskus nicht widersprochenen Angabe der Beklagten, daß 170 Gemeindeglieder existiren.

Der Kläger muß in der Klage genau diejenig. bezeichnen, welche er in Anspruch nimmt, bei Vermeidung d. Verwerfung d. Klaglibells.

Sache des klagenden Fiskus wäre es daher, die eigentlichen Kontribuenten und Gutsbesitzer genau zu bezeichnen, welche dermalen noch haften, und da er seine Behauptung, daß alle Gutsbesitzer, oder wie er in der Erinnerung lit. Nr. 36. vorbringt, alle Mitglieder der beiden Gemeinden hafteten, nicht bewiesen hat, vielmehr dieses mit seinen eigenen Urkunden im Widerspruche ist, so ist schon wegen dieses formelen Gebrechens die fiskalische Spolienklage zur Abweisung geeignet. Hiezu kommt noch

b) der fernere Hauptgrund: der kön. Fiskus leitet seinen Besitz vom Jahre 1802 und die Weigerung von Seite der Beklagten vom Jahre 1803 her.

Nun stellten die Beklagten die vom k. Fiskus nicht widersprochene, sondern nur als irrelevant bezeichnete Behauptung auf, daß von allen den in der Klagsbeilage benannten Individuen nur ein einziges mehr am Leben sey.

Diese Behauptung ist nach gesetzlichen Bestimmungen sehr relevant.

Denn nach Cod. civ. P. II. cap. 5. § 11. Nr. 2, ferner Cod. jud. cap. 4. § 2. Nr. 5 und 6. und Cod. civ. loc. cit. Nr. 3. hätte der kön. Fiskus zur Begründung der Spolienklage darthun müssen

α) entweder, daß die dermaligen beklagten Erben der im Saalbuche bezeichneten Individuen waren, und Vortheil von dem Spolio ihrer Erblasser zogen

Die Successoren können nur dann pcto Spolii belangt werden, wenn sie entweder Universal-Successoren sind und von d. Spolium ihrer Vorfahren Vortheile zogen, oder wenn sie Wissenschaft von dem Spolium hatten, gleichwohl aber die Güter als Successores singulares an sich brachten.

β) oder daß dieselben Wissenschaft von dem Spolio hatten, gleichwohl aber die Güter als successores singulares an sich brachten.

Über beides hat aber der kön. Fiskus gar keinen Beweis angetreten, er begnügte sich mit dem bloßen Asserte, daß, da die Beklagten diese Abgabe nicht mehr reichten, der Vortheil für sie vorliege.

Allein dieses genüget nach den allegirten gesetzlichen Bestimmungen nicht, sondern der kön. Fiskus mußte auch darthun, daß sie entweder Erben der Spolianten sind, oder Wissenschaft von dem Spolio hatten, worüber aber der Nachweis fehlt.

Nur wegen des einzigen noch lebenden Andr. D. könnte dieser formele Grund cessiren. Allein

II. die fiskalische Spolienklage ist auch in materieler Hinsicht ungegründet.

Nach Cod. civ. bav. P. II. cap. 5. § 11. Nr. 5. und den Anmerkungen hiezu Nr. 1. muß der Spolienkläger zwei Hauptmomente darthun:

1. die gehabte Possession auf seiner und
2. der Entwehrung oder gewaltsamen Depossession auf der andern Seite.

ad 1) Faktisch hat der klagende Fiskus in der Klage zugestanden, daß vom Jahre 1803 bis zum Jahre 1822 die fragliche Abgabe vom Ärar nicht bezogen worden sey; allein er will dennoch im Besitze geblieben seyn, weil bei Reichnissen es zur Erhaltung des Besitzes genüge, wenn Jemand zu jeder Zeit sich seines Rechtes bedienen könne und die fructus so lange in salvo bleiben, bis der andere per prohibitionem et acquiescentiam dieselben nehme nach Cod. civ. P. II. cap. 5. § 9. Nr. 5.; allein diese Gesetzesstelle paßt auf den gegenwärtigen Fall nicht, und der k. Fiskus ist hiebei mit seinem eigenen Anbringen in der Klage im Widerspruche; denn:

Bei juribus affirmativis begibt man sich des Besitzes, wenn man etwas zu thun befugt ist, gleichwohl aber sich der Sache 10 Jahre nicht annimmt, und in diesem Falle kann man nicht actione spolii die Wiedereinsetzung in den Besitz verlangen.

a) bei juribus affirmativis begibt man sich, wie die Anmerkungen ad Cod. civ. P. II. cap. 5. § 9. not. 5. erwähnen, des Besitzes, wenn man etwas zu thun befugt ist, gleichwohl aber sich der Sache 10 Jahre nicht annimmt.

Da es sich in concreto von einem jure affirmativo handelt, da eingestandenermassen der kön. Fiskus die für jedes Jahr fällige Abgabe über 18 Jahr nicht mehr foderte, und aus den Rechnungen des Rentamts die Nichterholung ersah, so hat er sich seines Besitzes selbst begeben, daher kann auch

b) die Gesetzesstelle der 30jährigen Verjährung der Spolienklage hier keine Anwendung finden.

ad 2) Die Spolienklage setzt eine Besitzentsetzung voraus. Eine bloße Turbation oder Beunruhigung begründet nicht das remedium spolii, sondern das interdictum ut possidetis et utrubi.

(Anmerkungen loc. cit.)

Wenn daher ein Unterthan nicht zahlt, was man gar nicht an ihm fodert, so kann man nicht sagen, daß er eine

solche Eigenmacht, welche einer Besitzentsetzung gleich zu halten ist, begangen habe.

Hienach war daher das Erkenntniß des k. Appellationsgerichts lediglich zu bestättigen, und der kön. Fiskus als unterliegender Theil nach Vorschrift der Ger.-Ord. cap. 17. § 4. Nr. 2. auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

II.

Petitorischer Streit.

Nunmehr übergab der k. Fiskus folgende petitorische Klage:

Der (mit Buchstab A angeführte) Auszug des Saalbuches des Kastenamts V. vom Jahre 1494 enthält, daß der Amtmann daselbst von einem jeden Bauern im M.er Gebiet 2 Roggen Garben und 2 Habergarben einbringen durfte; wogegen er die Bauern zum Kastenamte bieten mußte.

Durch das General-Mandat vom 29. Juli 1779 wurden die Gebiets-Amtmänner, in der Folge auch Beischergen benannt, aufgehoben, und am 3. März 1780 die allgemeine Anordnung getroffen, daß die von ihnen bezogenen Accidenzien ad aerarium eingezogen werden sollten.

Am 15. April 1780 hatte das Pfleggericht und Kasten-Amt V. an die Hofkammer in M. den (lub B nebengefügten) Bericht erstattet, worin es nicht nur einen Auszug aus dem obengenannten Saalbuche, sondern auch eine Spezifikation derjenigen Bauernhöfe anlegte, auf denen die Pflicht solcher Garbenreichniß nach Maßgabe des Hofanlagsbuches lastet.

Es wurde hierauf in der (anliegenden) Hofkammer-Resolution vom 24. April 1780 verfügt, daß die erwähnte Getreidreichniß zum Kastenamt eingezogen und mittels Verstiftung verrechnet werden soll.

Nunmehr floß durch die Verpachtung bald an Einzelne, bald an die Gemeinde zu Groß- und Klein-M. selbst der jedesmal erlangte Betrag ununterbrochen und ohne alle Störung zum Kastenamt V. bis zum Jahre 1804, in welchem Jahre das Pfleg- und Kastenamt V. — und nach seiner Auf-

hebung die nach der Hand — von Zeit zu Zeit eingetretenen Amtsverwaltungen bis zum Jahre 1822 unterließen, diese Gabe von den Betheiligten einzuheischen und zu verrechnen.

Das Staatsärar muß die aufgestellten Gerichtsdiener bezahlen und hat demnach nicht nur das Recht, sondern auch die Verbindlichkeit, dergleichen zu selbem eingezogene Salarienbestandtheile wieder flüssig zu machen.

Durch die angeführten Verhältnisse ist außer Widerspruch gesetzt, daß dem Staatsärar diese Garben fernerhin müssen gereicht werden.

Diejenigen Bauernhöfe, welche hiezu verflichtet sind, enthalten das der Klagsbeilage B. angefügte, dem Hofanlagsbuche angemessene Verzeichniß.

Weil aber viele dieser Güter in der Folge der Zeit seit dem J. 1780 zertrümmert wurden, so ist wegen der damaligen Besitzer dieser zertrümmerten Güter bei dem früher anhängig gewordenen Spolienprozesse in der Sache Rücksicht genommen und ist am 22. Dez. 1825 das litisconsortium aufgenommen worden, auf welches sich hiemit ausdrücklich bezogen wird.

Man bittet daher: zu erkennen, sämmtliche Streitsgenossen seyen schuldig, die in der Designation vom J. 1780 benannten 50 Korn- und 47 Habergarben nach Maaß ihres Antheils an den in derselben Designation enthaltenen Bauerngütern an das kön. Rentamt, wie früher an den Gebietsgerichtsdiener wieder zu verreichen, nicht minder die Kosten dieses Rechtsstreites zu tragen.

Exception
der
Groß- und Kleinbegüterten.

Wir schützen uns mit der dilatorischen Einrede des unvollständigen Klaglibells und begründen diese Einrede auf nachstehende Art.

Die bereits abgeurtheilte Klagsache ist mit der neuerlich angestellten Klage entweder identisch, oder sie ist es nicht,

tertium non datur. Ist es dieselbe Klage, so muß sie, als bereits abgeurtheilt, abgewiesen werden, ist es aber eine andere Klage, so ist es nicht hinreichend, sich auf das in einer ganz andern causa gebildete litisconsortium zu beziehen, um der gesetzlichen Verbindlichkeit zu entgehen, die Beklagten in der Klagschrift mit Namen zu benennen. Der Cod. jud. schreibt in cap. 4. § 7. bestimmt vor, daß in dem Klaglibelle jeder Beklagte specifize benannt seyn soll. Dieser Verbindlichkeit hat das kön. Fiskalat nicht genügt, sondern das kön. Landgericht hat diesen Mangel zu ergänzen gesucht, indem es 90 Individuen in dem Citatorium persönlich benannte.

Hiebei können wir uns aber durchaus nicht beruhigen; denn das Richteramt ist nicht befugt, mangelhafte Klagen zu ergänzen, sondern ad emendandum zurückzuschließen.

Außer diesem Mangel leidet aber die Klage noch an einem andern, ebenso wesentlichen, nämlich an der Bezeichnung desjenigen Quanti, welches von jedem einzelnen Beklagten gefodert wird.

Jede Klage muß auf ein bestimmtes Quantum gerichtet seyn, weil den Beklagten nicht bloß in quali, sondern auch in quanto Einreden zur Seite stehen, und weil schon aus den Vorakten ersichtlich ist, daß dieses Quantum bei den in der Vorladung benannten Individuen nicht gleich groß seyn könne.

Nach der Beilage Lit. A. zu der neuerlichen Klage vom 21. Aug. d. Js. hätte jeder Bauer 2 Roggen- und 2 Haber-Garben zu reichen.

Die nämliche Angabe kommt auch in der frühern Klage v. 26. März 1824 vor, jedoch ist aus der Beilage Lit. A. zu dieser frühern Klage ersichtlich, daß im Ganzen nur 24 Höfe in Groß- und Klein-M. bestehen. Wenn nun das k. Ärar seine 50 Korn- und 47 Haber-Garben auf 90 Individuen, deren Besitzstand sehr verschieden ist, vertheilt wissen wollte, so wäre es offenbar ihm obgelegen, die Art der Subrepartition schon in der Klagschrift anzugeben, damit man hieraus hätte ersehen können, wie viel von jedem Einzelnen gefodert wird; denn sonst müßte in dem — wiewohl kaum denkbaren

Falle, daß fiscus regius obsiegen würde, eine neue Verhandlung über den Theilungs-Maßstab statt finden.

Wir bitten daher, die Klage wegen augenfälliger Mangelhaftigkeit zu verwerfen und dem Kläger die Kosten aufzubürden.

Nur eventuel und mit Protestation gegen die Einlassung auf die unstatthafte Klage erinnern wir rücksichtlich der Qualität der Klagfoderung

Nachstehendes:

Wir nehmen aus der frühern Klage als bekannt an, daß wir seit dem J. 1803 uns weigerten, die sogenannten Amtmannsgarben zu reichen, wir widersprechen dabei aber ausdrücklich, daß wir diese Abgabe jemals anerkannt, oder wirklich geleistet haben, und da sich nach der eigenen Angabe des klagenden Theiles das Recht des höchsten Ärars auf die Thatsache gründen soll, daß solche Garben früher dem Gebietsgerichtsdiener gereicht, später aber, nämlich im J. 1779 ad aerarium eingezogen worden seyen, so leiten wir hieraus die Einrede der Verjährung ab; denn ohne dem Ärar das Recht einzuräumen, die — ehemals dem Gerichtsdiener für gewisse Verrichtungen in partem salarii gereichten Getreidgarben (als einen eigentlichen Funktionsgehalt, welcher mit dem Ende der Funktion erlöschen muß) ad cameram einzuziehen, müssen wir doch erinnern, daß, wenn das Ärar per inconcessum berechtigt gewesen wäre, eine solche Foderung an uns zu machen, die Klage hierauf schon längst verjährt wäre, weil alle Klagen sich längstens innerhalb 30 Jahren verjähren, während seit dem Jahre 1779 schon volle 50 Jahre verflossen sind. Wir widersprechen, daß wir diese Garben ad aerarium jemals überhaupt gereicht, und widersprechen insbesondere, daß wir sie jemals als Verbindlichkeit anerkannt und aus Schuldigkeit prästirt haben, und wenn je das Rentamt per inconcessum sollte erweisen können, daß es statt der Natural-Reichniß ein Äquivalent von jährl. 6 fl. unter dem Namen Pachtgeld bezogen hätte, so folgt hieraus doch noch nicht, daß die Besitzer der 24 Bauernhöfe in Groß- und Klein-M. dieses Pachtgeld bezahlt haben, sondern es müßte

bloß vermischt oder unausgeschieden mit andern Gefällen aus dem Communal-Vermögen erhoben worden seyn. Da aber diese Reichniß niemals eine Communal-Last war, und sich schon ihrer ursprünglichen Natur nach als ein onus singulorum darstellte, so könnte durch eine — von dritter Seite her geschehene Bezahlung uns, als den ursprünglichen Betheiligten kein Präjudiz erwachsen seyn; denn da wir der Gemeinde-Verwaltung keinen Auftrag hiezu ertheilten, so konnte uns dieselbe durch ihre Handlung nicht obligiren.

Die Klage muß daher als verjährt zurückgewiesen werden.

Abgesehen von der bereits eingetretenen Verjährung der Klage hat sich der königl. Fiskus, selbst wenn er — unzugestandenermassen bis zum Jahre 1802 in dem Besitze gewesen wäre, bei der von uns angeblich ao. 1803 eingetretenen Weigerung beruhiget und auf den Fortbezug faktisch Verzicht geleistet. Vom Jahre 1802 bis zur Wiederaufwärmung dieses Gegenstandes durch den königl. Rentbeamten S. zu T. sind volle 20 Jahre verlaufen.

Wenn nun die Resistenz auf der einen und die Acquiescenz auf der andern Seite schon in 10 Jahren den Verlust des Besitzes eines unkörperlichen Rechts tam animo quam corpore begründet, so tritt auf Seite des Fiskus bei mehr als 20jähriger Acquiescenz der faktische Verzicht ganz entschieden ein.

Ad jura renunciata verum non datur regressus.

Das Saalbuch macht durchaus keinen Beweis gegen uns, es besteht nicht in gesetzlicher Form und wird als scriptura propria, welche pro scribente nichts beweist, von uns nicht anerkannt.

Aber selbst der der Klage beigelegte Auszug beweiset nicht, daß die Bauern im M.'ger Gebiet aus Verbindlichkeit dem Gebietsgerichtsdiener vier Getreidgarben reichen mußten; denn ein Rechtsgrund ist hiefür gar nicht angeführt! Vielmehr erhellt aus der Klagsbeilage, daß diese Reichniß das Äquivalent für gewisse — dem Amtmann obgelegene Leistungen an die Unterthanen war.

Wenn nun der Staat die Gebietsgerichtsdiener, welche auf dem Lande zugleich die Flurschützen machten und Feldbeschädigungen jeder Art abwendeten, abschaffte, so ist nichts so natürlich, als daß die Leistungen der Unterthanen mit den Gebietsgerichtsdienern selbst aufhören mußten, nam cessante causa, cessat effectus, und wir müssen dem Finanz-Ärare durchaus die Befugniß absprechen, ein Gefäll, auf welches es seiner Natur nach nie einen Anspruch begründen konnte, sich selbst anzueignen.

Das Saalbuch könnte höchstens das *factum possessionis* zu dortmaliger Zeit beweisen; nachdem aber das königl. Ärar den Besitz inzwischen aufgegeben hat, so dient der frühere Besitzstand zu nichts, weil man selbst von der wirklichen Besitzausübung keinen Schluß auf das Eigenthum der Sache ziehen darf.

Die ehemalige Hofkammer war nichts anderes, als die Vertreterin des Finanzvermögens; sie konnte daher zu ihren eigenen Gunsten weder Gesetze noch Verordnungen erlassen, und wenn sich das Begehren des königl. Fiskalats bloß auf die Hofkammer-Entschließung vom 24. April 1780 gründet, so steht sie auf schwachen Beinen; denn vor dem Civilrichter sind die Rechte aller streitenden Theile gleich.

Der Klage vom 21. Aug. fehlt es durchaus an einer gehörigen Begründung.

Unsere Freisprechung in possessorio hatte zur Folge, daß der Staat ein besseres oder stärkeres Recht, mithin ein solches, welches unsere Freiheit im Besitze oder Immunität gänzlich widerlegen könnte, dokumentiren sollte.

Da wir in dem Besitze der Freiheit sind, so muß der Staat als Kläger sein Eigenthum beweisen: hiezu mangelt es aber der Klage an allen gesetzlichen Requisiten und dieselbe enthält weder die rechtliche Nachweisung, daß die Gebietsgerichtsdiener rechtliche Ansprüche auf den Bezug der Getreidgarben hatten, noch daß diese Ansprüche nicht für Gegenleistungen, sondern unbedingt waren, noch daß sie mit unserer Einwilligung oder auf eine andere, für uns verbindliche Weise auf das Staatsärar übergegangen seyen.

Hätte aber auch diese Garbenfoderung bis zum J. 1802 rechtlich bestanden und hätte nicht das kön. Ärar schon längst hierauf Verzicht geleistet, so wäre sie doch im andern Wege als aufgehoben zu betrachten.

Insbesondere sind alle Sammlungen, welche verschiedene Stände, z. B. Kapläne, Schullehrer, Meßner, Bader, Abdecker, Gerichtsdiener u. dgl. früher hergebracht hatten, gesetzlich aufgehoben und durch das Steuer-Mandat ꝛc. sind alle einschichtigen Abgaben, welche nicht aus dem Grundherrlichkeits-Verbande oder andern spezielen Rechtstiteln abstammen, aufgehoben worden.

Nicht minder ist es seit Einführung der Verfassung, und seit der Wiedereinführung der Reichsstände außerhalb des Wirkungskreises der kön. Regierungen, den Unterthanen neue Lasten und Abgaben aufzulegen, wenn sie nicht ausdrücklich in dem Finanzgesetze oder Budget aufgenommen worden sind.

Die Verbindlichkeit zur Reichniß der sogenannten Amtmannsgarben ist auch nicht zum Hypothekenbuche angemeldet, mithin auch in dieser Hinsicht der faktischen Verzicht auf das Deutlichste beurkundet worden.

Die Besoldung der Gerichtsdiener durch den Staat rechtfertigt die Klage am allerwenigsten; denn die jetzt noch bestehenden Gerichtsdiener bestanden schon früher, ehe die Gebietsgerichtsdiener aufhörten. Wofür zahlt man denn Steuern und enorme Gerichtstaxen; dann die Stempel-Auflage ꝛc., wenn man jedes einzelne Gerichts-Individuum wieder extra besolden müßte?

Wir stellen daher die Bitte: den kön. Fiskus mit der Klage abzuweisen und in alle Kosten zu verurtheilen.

Replik.

Belangend das litisconsortium ist selbes bereits in den gerichtlichen Akten für den Spolienprozeß hergestellt.

Die gegenwärtig zum Klaggegenstand gemachte Abgabe ist eine objektive, wird wegen des Besitzes gewisser Güter gegeben, und man weiß aus den von dem k. Fiskus der Klagschrift beigefügten Urkunden diejenigen Höfe genau, von de-

nen diese Reichniß eingebracht wurde. Es liegt in der Natur der gesetzlich gestatteten Gutszertrümmerungen, daß sich die Besitzer solcher Güter sehr oft verändern, und es ist vielleicht in diesem Augenblicke schon wieder eine Veränderung vorgegangen, während heute rezessirt wird.

Nun sind aber dem kön. Landgerichte bereits alle Besitzer solcher Güter durch das litisconsortium bekannt geworden, als im Spolienprozesse agirt wurde, und es muß gestattet seyn, auf solche bereits gerichtsnotorische Bezeichnungen aufmerksam zu machen und Bezug zu nehmen.

Hiedurch und durch die spezielle gerichtliche Ladung ist dem Sinne des Gesetzes vollkommen genüget, ohne daß es nöthig wäre, dieses Protokoll abzuschreiben, das sich noch überdieß in den Händen des Gegentheils befindet, und auch ganz und gar nicht auf den Spolienprozeß beschränkt ist.

Hinsichtlich der weitern dilatorischen Einrede wegen mangelhafter Bezeichnung des Klagobjekts muß bemerkt werden, daß eine Klage nichts weiters erfodert, als daß nach cap. 4. § 8. Cod. jud. das rechte objectum erkennbar werde.

Das Objekt ist aber durch die beigebrachten Urkunden sowohl, als auch durch das Petitum der Klage selbst so bestimmt bezeichnet, daß man genau weiß, was und welche Quantität der Fiskus von den Betheiligten verlangt.

Es sind auch die Fälle nicht so ungewöhnlich, daß, wenn einmal ein benanntes Objekt im Allgemeinen verlangt wird, die besondere Liquidation für ein eigenes Verfahren ausgesetzt bleibt, wie dieses bei Lehen und Erbrechtsprozessen gar häufig geschieht.

Eine Subrepartition müßte im Laufe des Prozesses immer recapitulirt werden, weil sich von Zeit zu Zeit Gutszertrümmerungen und Besitzveränderungen ergeben können.

In Beziehung auf die peremptorischen Einreden und zwar

A) hinsichtlich der Verjährung der Klage wird bemerkt, daß selbe gegen den kön. Fiskus nicht wird geltend gemacht werden können; denn Zeugen und Urkunden werden erhärten,

falls dem Fiskus ein Beweis obliegen würde, daß das Staats-Ärar die Garbenreichniß in so langer Zeit entweder mittel- oder unmittelbar bezogen habe, als zur Acquisitiv-Verjährung genügt, auch wenn kein Titel zu Grund läge.

Die Garbenreichniß gehört unter die unkörperlichen Dinge, cod. civ. P. II. cap. 1. § 9.

Bei unkörperlichen Dingen ersetzt scientia et patientia von Seite desjenigen, der etwas leistet, den titulum, cod. civ. P. II. cap. 4. § 6. in not. lit. e.; dann cap. 7. § 5. Nr. 1.

Selbst wenn ein Titel erfoderlich ist, bedarf es hiezu ebenso keiner scharfen, sondern, wie bei allen dergleichen Indizidentien — nur einer wahrscheinlichen Probe.

Diese würde Fiskus in jedem Falle, als es ihm obläge, liefern.

Cod. civ. cit. loc. cap. 4. § 6. not. 2. lit. a.

Es ist aber zu bedenken, daß die Gemeindeglieder zu M. gewußt und geduldet haben, daß diese Garbenreichniß auf was immer für eine Weise von den landesherrlichen Ämtern bezogen, von den aufgestellten Pächtern 9 Jahre eingebracht, und endlich von ihnen selbst 10 Jahre lang gepachtet war.

Diese Wissenschaft und Beruhigung von Seite der Gegner ersetzt den Titel.

Der kön. Fiskus hat demnach jedenfalls, wenn es auch an allen andern Beweisen und Erwerbstiteln gebräche, sein Recht aus der Verjährung herzuleiten und diese Verjährung ist schon gleich mit dem letzten Augenblicke der Zeit erstreckt, cod. civ. P. II. cap. 4. § 8. not. 2. lit. a et b und not. 4. lit. e.

Der gute Glaube wird vermuthet, und die possessio ist bei unkörperlichen Dingen durch den Gebrauch und die Übung derselben dargestellt, welche hier in jedem Falle vorliegt, cod. civ. cit. loc. § 7. not. 4. § 5. not. e.

Es muß geradezu widersprochen werden, daß das Pachtgeld aus dem Communal-Vermögen bezahlt worden sey und wenn auch, so könnte dieß niemal, als eine hinter dem Rü-

cken des Ärars vorgegangene Handlung, demselben präjudiziren.

Was die Einwendungen gegen die Beweiskraft der Urkunden in formeler Beziehung belangt, gehören selbe zum Productionsverfahren, bei welchem man die Beweisfähigkeit der Urkunden formel zu retten beflißen seyn wird.

Übrigens geht aus denselben die Verbindlichkeit um so mehr hervor, als in ein Saalbuch nur Rechte und Verbindlichkeiten eingetragen werden, und die Ursache der Leistung genau angegeben ist.

Es wird widersprochen, daß diese Leistung dem Inhalte des Saalbuches zuwider für die Dienste eines Flurschützen gegeben wurde.

Übrigens könnte die causa debendi bei der in Mitte liegenden fiskalischen Verjährung gar nichts mehr releviren.

Hinsichtlich der Aufhebung dieser Giebigkeit hätte selbe eben so wenig stattfinden können, als dasjenige aufgehoben werden konnte, was vielfältig an die Förster wegen des Forstschutzes von den Unterthanen gegeben wurde und nunmehr zum Staatsärar verrechnet wird, welches die Beamten bezahlt.

Giebigkeiten dieser Art können nicht gleichgiltig aufgehoben werden, weil es eine Ungerechtigkeit gegen die steuergebenden übrigen Staatsbürger wäre, durch die Steuern von ihnen das ergänzen zu lassen, was durch rechtmäßig hergebrachte, aber leichthin aufgegebene Hofsanlagen dieser Art aufgeopfert wurde.

Solche Anlagen auf den Bauernhöfen gehörten übrigens zu den Hofanlags- und Kastengefällen, die nach Ausweis der Landesgeschichte außer dem Bereiche der ständischen Einschreitung lagen.

B) Die durch Verjährung angeblich erlangte Extinctive des Rechtes zu dieser Foderung schlägt wieder nicht an; denn für's erste muß geläugnet werden, daß der Staat sich seit dem Jahre 1802 beruhigt hätte, und es könnte auch eine Verwahrlosung der äußern Behörden dem kön. Fiskus nicht schaden, weil hiezu keine höhere Bewilligung vorlag, und der

Staat gegen diese schuldhafte Handlung seiner Offizialen und die nachtheiligen Folgen derselben restituirt werden mußte. Eine solche Befreiung wäre heimlich und erschlichen, und könnte schon aus diesem Grunde nicht Platz finden.

Daß diese Abgabe durch das Steuermandat aufgehoben worden wäre, wird widersprochen.

Die Weglassung aus dem Staats-Budget entscheidet nicht, wenn sie auch begründet wäre, wie nicht; denn diese Zusammenstellung des Staatsbedarfes hat den Zweck, der hier unterbreitet wird, nicht.

Die gegenwärtigen Finanzstellen machen keine neue Auflage, sondern suchen eine schon bestehende Giebigkeit wieder in den Gang zu bringen.

Indem allen denjenigen in der Exception eingeflochtenen Thatsachen, so ferne sie die Klage illudiren sollen, ausdrücklicher und spezieler Widerspruch entgegengesetzt wird, nimmt man faktische Eingeständnisse nützlich an und wiederholt das Klagsgesuch.

Duplik.

Wenn die 90 Beklagten durchaus Besitzer solcher Gutstheile wären, von welchen die Abgabe quaestionis gefodert werden könnte, so hätte allerdings auch das Verhältniß ihres Besitzstandes, welches unmöglich bei allen gleich seyn kann, angegeben werden sollen; denn wie könnte ein für den königl. Fiskus obsiegliches Urtheil dereinst vollzogen werden, wenn das quantum, welches jeden Einzelnen trifft, vom Kläger selbst nicht angegeben wurde, daher die Beklagten auch in quanto nicht excipiren konnten.

Es existirt kein Grund, nach Beendigung eines Prozesses einen neuen anfangen zu müssen, bloß wenn die erste Klage nicht ganz vollständig war; es werden daher alle Exceptions-Petiten wiederholt.

Das Gesetz macht rücksichtlich der Verjährung der Klagen keinen Unterschied, ob der Fiskus oder jemand anderer der Kläger sey und bei einer Klage, welche schon durch die

Verjährung erlosch, kann von einer Beweisauflage keine Rede mehr seyn.

Der Titel, auf welchen sich die fiskalische Foderung gründen will, hält nicht nur die rechtliche Kritik nicht aus, sondern erscheint schon in der Hinsicht als höchst unwahrscheinlich, weil sonst nicht bloß die Einwohner von M., sondern aller Orten, wo es Gebietsgerichtsdiener gab, dergleichen Garben reichen müßten. Es ist ganz unrichtig und wird widersprochen, daß die Gemeindeglieder zu Groß- und Klein-M. gewußt und geduldet haben, daß das kön. Staatsärar sich diejenigen Garben aneignen wolle, welche früher dem Amtmann theils freiwillig, theils remuneratorisch für Aufsicht auf die Feldfluren gereicht wurden, und der kön. Fiskus kann keinen einzigen Fall nachweisen, daß die einzelnen Gemeindeglieder jemals eine solche Reichniß an das königl. Ärar geleistet haben, und wenn per inconcessum das kön. Rentamt der Gemeinde als universitas ein Surrogat einer solchen Abgabe in die Rechnung gebracht haben sollte, so könnte doch dieses als eine res inter alios acta den Beklagten nicht präjudiziren, weil zwischen der ganzen Gemeinde und den einzelnen Gemeindegliedern ein wesentlicher Unterschied ist.

Der Versuch, in der Replik ein neues Klagefundament oder Titel unterstellen zu wollen, ist vergeblich, und es ist nicht mehr an der Zeit, nach Abgabe der Exception die Klage in der Hauptsache abzuändern; indessen ist auch nichts so leicht zu widerlegen, als die a parte fisci behauptete Verjährung; denn wenn es ein Hauptrequisit der Verjährung ist, daß sich der Verjährende in dem Besitze befinde, so fehlt es in concreto an diesem wesentlichsten Erfoderniße, weil der kön. Fiskus nach seiner eigenen Angabe sich schon seit dem J. 1804 nicht mehr in dem Besitze befindet, und ihm der Besitz sogar richterlich abgesprochen wurde.

Wenn auch das kön. Ärar Wissenschaft davon hatte, daß das Rentamt von der Gemeinde ein Surrogat der ehemaligen Amtmannsgarben einheben ließ, so haben es doch

die einzelnen Gemeindeglieder nicht gewußt und deßwegen konnte gegen sie kein Besitz begründet werden.

Bei unkörperlichen Rechten ist es ein hauptsächliches Requisit, daß auf der einen Seite etwas gefodert und daß auf der andern Seite das Gefoderte willig gereicht werde.

Man kann nicht wohl annehmen, daß in einem Staate, wie der unsrige ist, die Einziehung eines solchen Gefälles den mindesten Einfluß auf die Steuer-Entrichtung haben könne; da der Fiskus schon seit 25 Jahren den Besitz verloren hat, so kann man jetzt keine neuen Abgaben mehr fürchten.

Die Hofanlagen und ähnlichen Abgaben sind bekanntlich schon längst abgeschafft, und können daher nicht mehr aufgewärmt werden.

Alles nicht speziel Berührte wird mit dem generelen Widerspruche belegt, und der Exceptions-Rezeß in allen Theilen wiederholt.

Am 28. Mai 1831 erkannte das kön. Landgericht J. zu Recht:

Daß der klagende Fiskus mit seiner Klage gegen die Groß- und Kleinbegüterten in Groß- und Klein-M. abzuweisen sey.

Refus. expensis.

v. R. w.

Gründe.

So wenig die Spolienklage in formeler Hinsicht in Beziehung auf die Person der Beklagten gehörig substanzirt war, eben so wenig ist es jetzt die petitorische Klage, da die Klagsbeilage A nur 27 resp. mit Berücksichtigung der ad Nr. 448. angeführten Besitzer 31 Contribuenten enthält, das am 22. Dez. 1825 aufgenommene Litisconsortium, auf welches sich berufen wird, aber 94 Individuen zählt.

Man vermißt in der petitorischen Klage, so wie in der Spolienklage eine genaue Bezeichnung der eigentlichen Contribuenten und Gutsbesitzer, deßgleichen auch den quantitati-

ven Betrag, den jedes einzelne Individuum zu verreichen hätte, was nach Cod. jud. cap. 4. § 7. ein wesentliches Erfoderniß jeder Klage ist.

Der Klage steht daher die Einrede der Mangelhaftigkeit entgegen und der klagende Fiskus muß mit seiner Klage abgewiesen werden.

Zugleich muß bemerkt werden, daß, wenn die Abweisung der Klage nicht schon vollkommen gerechtfertigt wäre, der königl. Fiskus sich schwerlich eines obsieglichen Erkenntnisses zu erfreuen hätte, weil die Reichniß an eine Bedingung geknüpft war, indem der Extract Lit. A aus dem uralten Saalbuche de ao. 1494 gezogen, Folgendes enthält:

„Item zuerst hat ein Amtmann daselbst von einem jeglichen Bauern in M. zwo Roggengarb und zwo Habergarb, und welcher Bauer die Garb giebt, muß er in das ganze Jahr darum bieten.“ —

Wegen dieser Bedingung würde den Groß- und Kleinbegüterten der Beweis, daß die Verjährung von Seite des Fiskus auf einem titulo vitioso beruhe, nach Cod. civ. Thl. II. cap. 4. § 6. zustehen.

Als unterliegender Theil muß auch der Fiskus nach Cod. jud. cap. 17. § 4. Nr. 2. in sämmtliche gerichtlich und außergerichtliche Kosten condemnirt werden.

Der kön. Fiskus legte hiegegen folgende

Berufung

ein:

1.

Das Gericht weiset die Klage des Staatsanwaltes aus dem Grunde zurück, weil sie nicht gehörig dahin substanzirt sey, welche die eigentlichen Beklagten seyen. Es meint, dieser Mangel der Substanzirung liege in der abweichenden numerären Zahl der Beklagten, die in den verschiedenen in der fiskalischen Klagschrift angelegten oder in Bezug genommenen Beilagen enthalten sind, weil einmal 27, einmal 31, endlich wieder 49 Individuen als Beklagte bezeichnet werden.

Allein gerade diese Verschiedenheit der numerären Angabe war für die formele Substanzirung der Klage unerläßlich. Diese mußte nothwendigerweise mit dem Inhalte der Klagsbeilage A., nämlich des Vertrags des Saalbuches vom Jahre 1494 in Einklang gebracht werden. Dieser Vertrag ist allgemein, er lautet auf jeden Bauer in Groß- und Klein-M., ohne daß die bestimmte Zahl der Pflichtigen angegeben wäre.

So lange der Gebietsamtsdiener des Kastenamts die Garben selbst bei jedem großen und kleinen Bauer sammelte, konnte es genügen, daß er wußte, er habe bei jedem großen und kleinen Bauer einzusprechen. Eine bestimmte Zahl wegen einer, für eine ganze benannte Klasse der Einwohner eines Bezirkes bestehende, Obliegenheit anzugeben, war um so weniger thunlich, als sich diese Zahl durch Erbschafts-, Kaufs-, Tausch-, Theilungs- und andrer Verhältnisse von Zeit zu Zeit ändern mußte.

Mit dem Zeitpunkte der Aufhebung der Gebietsdiener änderte sich das Verhältniß im Allgemeinen nicht. Es blieb dabei, daß Groß- und Kleingütler beisteuern mußten. Allein der Beamte mußte wissen, bei wem er nunmehr diese Garben einheben könne, um sie gebührend zu verrechnen. Es war demnach der Natur der Dinge und dem Geschäfte ganz angemessen, daß das am 15. April 1780 berichtende Amt V. der vorgesetzten Landesstelle ein Verzeichniß übergab, in welchem sämmtliche damals pflichtigen Gutsbesitzer verzeichnet waren.

Um aber die Zahl der in Folge seitheriger Veränderungen zum Vorschein gekommenen Besitzer nach dem Jetztbestande festzustellen, wurde am 9. September 1825 die Streitsgenossenschaft hergestellt.

Schon in der in dem Spolienprozesse gegebenen fiskalatischen Erinnerung vom 13. April 1825 war deutlich angegeben, daß man von Seite des Fiskalats alle Besitzer von Groß- und Kleingütern belangt wissen wolle.

Die Beklagten selbst haben gegen den Umstand, daß die

in dem litis consortio benannten Individuen Theilbesitzer der pflichtigen Bauerngüter seyen, keine Einwendung erhoben.

Wenn der Fiskal nicht alle in dem litis consortio begriffenen Besitzer solcher pflichtiger Güter benannt hätte, so würde man ihn gegnerscher Seits mit der Einrede plurim. litis consortium begegnet haben. Jetzt, wo er sich bestrebt hat, alle diese Gegner zu benennen, um jener Einrede zu entgehen, gibt ihm der Richter Imae Schuld, er habe die Klage formel nicht sustanzirt. Auf solchem Wege muß das Staatsärar ungehört bleiben, sein Vertreter mag die Sache so oder anders angreifen.

Die Streitsgenossen machen Eine moralische Person aus und man kann im rechtlichen Sinne gar nicht sagen, daß Mehrere verklagt worden.

Wenn einem dieser in die Streitgenossenschaft aufgenommenen Konsorten besondere Einreden zustehen, so mag er dieselben vorbringen; allein daraus folgt nicht, daß der Kläger nicht diejenigen Individuen benannt hätte, die seiner Meinung nach aus einem und dem nämlichen Rechtsgrunde verbindlich, somit klagbar sind.

Schmid prakt. Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden. Ausg. VI. § 16., dann § 105. Note in Grundsätze des gem. ordentl. bürgerl. Prozesses von Danz § 40. et 81.

Vergleicht man die der Bildung dieses Litisconsortii vorangegangenen gerichtl. Verhandlungen, so ist unbegreiflich, wie dieses Consortium jetzt auf einmal unerklecklich seyn soll, die Klage zu substanziren.

Wenn der Richter die Klage hinsichtlich der Beklagten nicht für hinreichend substanzirt gehalten hatte, so war es von seiner Seite Unrecht, sie an bestimmte Beklagte hinauszuschließen. Er hat selbst die Beklagten in seinem Citatorium benannt; woher wußte er denn ihre Namen, wenn sie ihm nicht durch die Gerichtsakten bekannt geworden sind?

Andere Gründe hat der Richter für die Abweisung nicht angegeben. Er hat alles Übrige, was von beiden Theilen

angebracht worden ist, unberührt gelassen. Nur im Vorbeigehen sagt er in den Entscheidungsgründen, daß, wenn die Klage nicht schon wegen Mangels der Substanzirung weggewiesen werden müßte, Fiskus sich eines Sieges Rechtens nicht zu erfreuen gehabt hätte, weil dem Beklagten alsdann gegen die vom Fiskus angebrachte Verjährung der Beweis tituli vitiosi hätte zukommen müssen. Allein der Richter hätte dann zu erwarten gehabt, was judices ad quos zu solcher Beweisauflage gesagt hätten, und es ist hier nicht der Platz, gegen dieses praeludium der Entscheidungsgründe für einen nicht gegebenen Fall sich in eine Erörterung einzulassen.

Der Richter I^mae hält die objektive Subsstanzirung ebenfalls für nicht vollzogen.

Es ist vorwärts bei der subjektiven Klagebegründung dargestellt, welche Individuen, als nunmehr in dem Litis consortio begriffen, als Beklagte angesehen werden, daß ferner die Litis consortes als eine moralische Person zu betrachten seyen. Was von ihrer Gesammtheit verlangt werde, enthalten die Klagsbeilagen und das Klagsgesuch determinirt.

Es ist hier nicht um eine Repartition der Lasten zu thun. Das Geschäft solcher Repartition gehört in einen andern Ressort und zu einem andern Verfahren. Wer möchte eine Foderung, die im Allgemeinen deutlich bezeichnet ist, zurückweisen, weil sie in dem Detail zur separaten Liquidation noch auszusetzen ist? Wenn um eine Gilt, und Fruchtersatz und dgl. gegen mehrere Inhaber eines pflichtigen Guts geklagt wird, so ist niemal erfoderlich, daß schon gleich der einzelne Antheil angegeben werde, ja es ist sogar ohne Entscheidung der Vorfrage über die Pflicht überhaupt ein solches Detail nicht möglich.

Das Klagegesuch geht gegen die Streitsgenossenschaft auf einen gewissen Betrag, es ist den vorgetragenen Rechten und Thatsachen gemäß, es enthält demnach jede Bedingniß der Zulässigkeit.

Danz Grundsätze des ord. bürgerl. Prozesses § 73.

Hellfeld juris pr. forensis editio 4. § 282. und Anmerk. hiezu von A. D. Weber.

Cod. jud. cap. 4. § 7. Nr. 4. Nota d.

Selbst wenn nicht eine bloße Zurückgabe des Libelles von dem Richter beliebt und schon gleich mit der Sentenz verfahren werden wollte, so durfte diese doch nicht nach Maß einer definitiven Abweisung erlassen werden, wie sie der Richter I^mae in seinem beschwerenden Erkenntnisse ausgesprochen hat, sondern die Klage hätte nur angebrachtermassen zurückgewiesen werden sollen.

Cod. jud. cap. 14. § 1 et not.

II.

Eben aber, weil eine definitive unbedingte Abweisung der Klage noch nicht folgen konnte, durfte auch nicht jetzt schon über den Kostenpunkt erkannt werden, indem dieser erst mit dem Haupterkenntnisse, nicht aber mit dem Vorspruche zu erledigen war. Dazu kömmt, daß das Staatsärar guten Grund zum Streit hatte.

Es wird daher gebeten:

Die sub- und objektive Substanzirung der Klage für genügend anzuerkennen, sofort dem Richter I^mae aufzugeben, er habe über den peremtorischen Theil der Klage und Einreden zu erkennen, bis dahin sey aber der Kostenpunkt zu suspendiren, oder doch, die Kosten, die in dem petitorischen Prozeß bisher erlaufen sind, seyen auszugleichen.

Das kön. Appell.-Gericht erkannte am 29. Nov. 1831 zu Recht:

Der kön. Fiskus sey mit seiner Klage angebrachtermassen abzuweisen und in die Prozeßkosten I. Instanz zu verurtheilen.

Die Berufungskosten werden kompensirt.

Gründe.

Nach dem Saalbuche des Kastenamts V. vom J. 1494 hatte der Amtmann das Recht, von jedem Bauern zu M. eine bestimmte Garbenreichniß zu fodern. Im J. 1799 wurde die Stelle dieser Amtleute oder Gerichtsdiener aufgehoben, und durch Verordnung vom 3. März 1780 die Anordnung getroffen, daß die von diesen Gerichtsdienern bis dahin bezogenen Reichnisse ad aerarium eingezogen werden sollen. Da die Bewohner der Dorfschaften Groß- und Klein-M. diese Reichniß an das Ärar abzugeben sich weigerten, so sah sich der kön. Fiskus veranlaßt, gegen dieselben klagend vor den Gerichten aufzutreten.

Es unterliegt keinem Zweifel mehr, daß es sich in diesem Falle um Rechte Einzelner handelt und der kön. Fiscus selbst gab zu, daß er seine Klage nicht gegen die Gemeinde als Corporation, sondern gegen die Gemeindeglieder als Einzelne gerichtet habe. Wenn aber die Klage jura singularum betrifft, so ist zu unterscheiden, ob nur einzelne der Gemeinschaft, oder ob sämmtliche Glieder der Corporation als Einzelne belangt werden wollen.

Wenn eine Klage gegen eine Körperschaft (communitas) gerichtet ist, so ist zu unterscheiden — vorausgesetzt, daß die Klage jura singulorum betrifft, — ob nur einzelne der Gemeinschaft oder ob sämmtl. Glieder der Corporation als Einzelne belangt werden wollen; im ersten Falle ist es nothwendig, daß jeder einzeln Beklagte in der Klage mit Namen bezeichnet werde, im letztern Falle nicht.

Im ersten Falle ist es nothwendig, daß jeder einzelne Beklagte mit Namen bezeichnet werde, nicht aber im letztern Falle, weil die Bezeichnung der Beklagten bestimmt genug ist, wenn Jeder einer bekannten Corporation ohne Ausnahme als Beklagter bezeichnet wird. In diesem letzten Falle genügt die Herstellung einer Streitsgenossenschaft, wornach Jeder, der dem Streite beizutreten sich weigert, so angesehen wird, als ob er dem Willen des Klägers sich fügen wolle, die Litisconsorten sind dann allein die eigentlichen Beklagten. Nach der Klagbeilage Lit. A., welche einen Auszug aus dem Saalbuche enthält und wornach jeder Bauer in M. die Amtmannsgarben zu entrichten hatte, sollte man

glauben, daß der Fiskus die Absicht hatte, sämmtliche Unterthanen von M., sohin sämmtliche Streitsgenossen zu belangen, wohin auch das Petitum seiner Klage geht. Allein der kön. Fiskus hat seiner Klage sub Lit. B. eine Spezifikation der von den Bauern zu M. verabreichten Garben beigelegt, und dieses Verzeichniß enthält nur 27, resp. mit Berücksichtigung der ad Nr. 448. angeführten Besitzer 32 Contribuenten. Die Behauptung des Fiskus, daß alle Mitglieder der beiden Gemeinden und resp. alle Gutsbesitzer die bemerkte Abgabe zu leisten haben, steht daher mit dieser Klagsbeilage im Widerspruche; es sey denn, daß damals, als dieses Verzeichniß aufgenommen wurde, die beiden Gemeinden nur aus diesen 27, resp. 32 Gliedern bestanden habe.

Nur in diesem Falle stünde dann dieses Verzeichniß mit der Behauptung, daß alle Gemeindeglieder contributionspflichtig seyen, nicht im Widerspruche.

Allein der kön. Fiskus hat selbst nicht behauptet, daß die in jenem Verzeichnisse aufgeführten Contribuenten sämmtliche Gemeindeglieder von M. im J. 1780 gewesen seyen. Es liegt hierin ein Widerspruch der Klage mit der Beilage zu derselben, und die Klage selbst ist deßhalb undeutlich und unbestimmt.

2) Nach dem Auszuge aus dem Saalbuche hatte jeder Bauer 2 Roggen- und 2 Habergarben zu reichen. Hierin liegt eine veränderliche Größe, weil hienach jeder Bauer die gleiche Quantität zu entrichten hat, und daher die Summe der Leistung nach der Zahl der Bauern sich richtet, resp. verändert. Allein nach dem vom kön. Fiskus vorgelegten, sub Lit. B. der Klage beigelegten Verzeichnisse sind Contribuenten aufgeführt, welche statt 2 Garben — 8 Garben und die meisten, welche nur eine Garbe zu entrichten haben. Hienach hätten alsdann die Contribuenten keine gleiche Quantität zu entrichten; der Auszug aus dem Saalbuche steht daher mit dieser Specifikation im Widerspruche, und da der kön. Fiskus denselben nicht aufgeklärt hat, so ist auch dadurch die Klage unbestimmt.

Eben so verlangt der kön. Fiskus in seinem petito, daß die Streitsgenossen zur Verabreichung der in der Designation vom J. 1780 benannten 50 Korn- und 47 Habergarben nach Maaß ihres Antheils an den in derselben Designation enthaltenen Bauerngütern angehalten werden sollen.

Die Klage geht daher auf eine ständige Größe, während es nach dem Saalbuche um eine veränderliche Größe sich handelt. Der Umstand, daß die Verabreichung nach Bauerngütern zu geschehen habe, daß diese durch Besitzveränderungen sich so gestaltet haben, daß durch Repartition die in der Specifikation ausgeworfenen Beträge sich hier ausgeworfen haben u. dgl. sind nur Vermuthungen, worüber von dem Kläger keine bestimmte Aufklärung erfolgt ist, und die Klage erscheint daher auch in dieser Beziehung nicht bestimmt und deutlich.

3) Zur Herstellung eines vollständigen Litisconsortium wird erfodert, daß jedes einzelne Gemeindeglied zur Erklärung über den Antheil am Streite aufgefodert werde. Nun sollen aber nach der vom Kläger nicht widersprochenen Behauptung der Beklagten die beiden Gemeinden 170 Gemeindeglieder enthalten, während bei Aufnahme des Litisconsortium nur 98 Gemeindeglieder sich erklärt, resp. zur Erklärung aufgefodert wurden.

Von allen übrigen ist es daher noch ungewiß, ob sie am Streite Antheil nehmen wollen, oder nicht, es ist daher selbst in dieser Beziehung die Person des Beklagten noch unbestimmt.

Die Klage des kön. Fiskus war daher abzuweisen, jedoch nur angebrachtermassen, da die Abweisung aus formelen Gründen geschah, und daher dem kön. Fiskus unbenommen ist, eine verbesserte Klage zu stellen.

Die Prozeßkosten I^mae hat der kön. Fiskus als abgewiesener Theil zu tragen, jene II. Instanz aber müssen compensirt werden, da das Urtheil des Untergerichts dadurch, daß die Abweisung nur angebrachtermassen geschah, wenig-

stens zum Theil nach dem Antrage des Appellanten abgeändert wurde.

Der kön. Fiskus übergab nun nochmal eine petitorische Klage, welche das kön. Landgericht J. zur Verhandlung aussetzte. Die Beklagten wendeten sich jedoch an das kön. Finanz-Ministerium unter Darstellung der Verhältnisse mit der Bitte, der kön. Regierung anzubefehlen, daß sie von diesem grundlosen Prozesse, welcher dem kön. Ärar schon so viel gekostet, abzustehen habe.

Von dieser Vorstellung machten die Beklagten dem kön. Landgerichte J. mit der Bitte Anzeige, bis zum Erfolg allerhöchster Entschließung mit allen weitern Einschreitungen Instand zu halten, und der kön. Fiskus verfolgte seitdem seine Klage nicht weiter.

Rechtsfall XXII.

über

erlöschende Verjährung.

A.

Die Verjährungszeit der actio mutui fangt schon von dem Augenblicke an, wo der Darlehensvertrag abgeschlossen wurde.

1.

Klage

des

königlichen Advokaten Dr. B.

Kön. Appellationsgericht des *** Kreises!

Vermög in Abschrift anliegenden Schuldbriefes dd. 27. Sept. 1803 unter Nr. 1. wurden Georg S. Häring-Bauer zu Fr. und sein Eheweib Maria dem im kön. Landgerichte A. liegenden Gotteshause Fr. ein zu 4 0/0 verzinsliches halbjährig aufkündbares Darlehens-Kapital zu 200 fl. schuldig.

Von diesem Kapitale wurden nach Ausweis der Rechnungen des besagten Gotteshauses seit dessen Entstehen keine Zinsen bezahlt, und es kam sowohl bei den Schuldnern, als bei der Verwaltung der darleihenden Stiftung in solche Vergessenheit, daß es von Seite der erstern nicht dem Gutsnachfolger überbürdet, von Seite der letztern aber nicht zum Hypothekenbuche angemeldet wurde.

Im Jahre 1818 verstarb die Mutter Maria S., welche nach frühern Absterben ihres Mannes bis dahin das Häring-Gut allein besessen hatte, und letzteres ging vermög abschriftlich beiliegenden Erbvertrag dd. 25. Nov. 1818 Nr. 2. auf ihren

Sohn Georg S. über gegen die Verbindlichkeit, die im Inventar aufgenommenen Passiven zu 1565 fl. 25 kr. zu übernehmen, und jedem seiner fünf Geschwisterte ein Erbgut von 600 fl. zu bezahlen.

Unter den dem Gutsübernehmer Georg S. überbürdeten Passiven zu 1565 fl. 25 kr. sind das in Frage stehende Kapital des Gotteshauses Fr. und die hievon rückständigen Zinsen nicht aufgenommen, folglich haben hiefür sämmtliche sechs S.'sche Geschwisterte als Kinder und Erben der Schuldner zu gleichen Theilen zu haften.

Um diese Haftung geltend zu machen, findet sich das Gotteshaus Fr. resp. deren Verwaltung bei dem Mißlingen versuchter außergerichtlicher Ausgleichung genöthiget, gegen benannte S.'sche Kinder gerichtliche Klage zu stellen, und zwar bei kön. Appellations-Gerichte, weil dieselbe nunmehr verschiedenen Gerichten unterstehen.

In Verfolg dieser Klage stelle ich demnach die unterthänige Bitte:

Die Beklagten seyen verbunden, das eingeklagte Kapital zu 200 fl. nebst den seit 27. Sept. 1803 rückständigen vierprozentigen Zinsen, und zwar jeder derselben zum sechsten Theile binnen 4 Wochen zu bezahlen, und alle Kosten allein zu tragen.

Seit Entstehung fraglicher Kapitalsschuld sind zwar 30 Jahre verflossen, und es dürfte deßhalb die Abweisung der Klage aus dem Grunde der Verjährung zu befürchten seyn.

Um dieser vorzubeugen, muß ich jedoch im voraus bemerken, daß diese trotz des Ablaufes von 30 Jahren bis jetzt nicht rechtlich eintreten, ja nicht einmal zu laufen beginnen konnte, weil nach dem Schuldkontrakte halbjährige Aufkündung bedungen, diese bis jetzt nicht geschehen, folglich auch ein bestimmter Termin noch nicht eingetreten ist, von welchem fragliches Kapital hätte zurück bezahlt werden sollen.

Würde jedoch diese Argumentirung nicht adoptirt werden können, und die Verjährung als wirklich eingetreten angenommen werden, so implorire ich für diesen Fall die Wohlthat der Restitution gegen die Verjährung, deren Gewährung nicht

versagt werden kann, weil seit deren Eintretung, resp. seit Eintretung der Läsion, welche das klagende Gotteshaus hiedurch erleidet, noch nicht 4 Jahre verflossen sind.

Schlüßlich übergebe ich noch unter Ziffer 3 und 4 den Kuratelstreitkonsens nebst Vollmacht, und empfehle mich in tiefster Ehrfurcht

des

königlichen Appellations-Gerichts

»München den 17. Juli 1836.«

Dr. B...r.

2.

Exception

des

königlichen Advokaten Dr. P.

Als Vertreter der Beklagten verweigere ich in ihren Namen auf die vorliegende Klage die förmliche Einlassung auf den Streit, indem ich die nach G.-O. cap. III. § 9. Nr. 3. u. cap. VI. § 3. nro. 2. als privilegirt bezeichnete exceptio praescriptionis der besagten Klage entgegensetze und solche ex actis jud. auf der Stelle hiemit darthue, indem die eigenen Asserte dieser Klage diese Exception schon im Voraus vollständig zugeben. Es meint zwar die klägerische Partei, die über 34 Jahre nicht die mindeste Anfoderung weder an Kapital, noch Zinsen an den vorgeblichen Debitor je gemacht hat, daß die Verjährung demungeachtet aus dem Grunde nicht eingetreten, ja nicht einmal angefangen habe, weil der angebliche Schuldkontrakt auf halbjährige Aufkündigung bedungen und letztere noch nicht geschehen sey.

Diese Ausflucht hat jedoch durchaus kein Gesetz für sich, und wo das Gesetz nicht unterscheidet, darf es auch Partei

und Richter nicht. Die Anmerk. z. L.-R. Th. II. cap. 4. § 4. l. d. sagt ausdrücklich, wenn Creditor die Schuld innerhalb 30 Jahren von mir nicht fodert, so ist solche verjährt und erloschen, ungeachtet ich von der Schuld gute Wissenschaft gehabt, auch weder titulum solutionis, noch sonst ein anderes Stichblatt für mich habe, die Zeit allein ist hinlänglich, mich von der Obligation zu befreien.

Es ist daher nicht zu verkennen, daß Fodern und Aufkünden hier ganz gleich sind, und sohin, wenn Creditor nicht aufkündet, noch Zinsen foderte, die Verjährung inkurrirt, wenn solches Nichtkünden oder Nichtfodern 30 Jahre lang dauert, um so mehr, als sogar unaufkündbare Schuldkapitalien nach bestehenden Gesetzen in dem Falle der erlöschenden Verjährung unterliegen, wenn die Zinsen oder Gilten während dem gesetzlichen Zeitraume von 30 Jahren an den Debitor nicht gefodert werden.

Die klägerische Partei meint ferner, daß, falls die eben erörterte Argumentirung nicht adoptirt werden könnte, ihr die Wohlthat der Restitution gegen die Verjährung nicht versagt werden könnte, weil seit Eintretung der Läsion, welche das klägerische Gotteshaus hiedurch erleidet, noch nicht vier Jahre verflossen seyen.

Eine restitutio gegen die Verjährung gibt es nach L.-R. p. II. cap. IV. § 12. durchaus nicht, und so minder also eine Restitution, welche a dato der vollbrachten Verjährung noch vier Jahre laufen sollte.

Es scheint hier eine Vermischung mit der nach L.-R. Th. I. cap. VII. § 30. Nr. 7. dem volljährigen gegen die Extrajud. Handlungen seines Vormundes, bei befundener Läsion hiebei, eingeräumten, und auf vier Jahre beschränkten Restitution gemacht worden zu seyn, es ist aber offenbar, daß diese vierjährige Restitution des volljährig gewordenen, welche a dato eingetretene Volljährigkeit vier Jahre dauert, für die kläger'sche Partei hier nützlich nicht angewendet werden kann, um so minder, als eine Restitution der Art sich nicht a dato Laesionis datiren läßt, besonders wenn unter solcher Läsion die vollbrachte Verjährung verstanden werden

wollte. Übrigens ist es auch nach L.-R. Th. II. cap. IV. §§. et not. l. d. u. § 3. in not. Nr. 5. deutlich bestimmt, daß die Kirchen nur in den Fall, wenn sedes vacans statt hat, ein impedimentum juris u. s. f. den Rechtssatz: contra non valentem agere non currit praescriptio, gegen den Lauf der Verjährung geltend machen können.

Die gegnerische Partei hat, ein solches impedimentum selbst nicht asserirt, auch nicht asseriren können, und daher kann dieselbe die wirklich eingetretene Verjährung rücksichtlich ihrer vorgeblichen Schuldfoderung nicht mehr von sich ablehnen.

Durch die so eben entwickelten rechtlichen und faktischen Momente glaube ich ex actis jud. die der gegner'schen Klage entgegengesetzte praescriptionis exceptio auf der Stelle dargethan zu haben, daß die beklagte Partei, ob litem finitam nicht mehr in eine Streitseinlassung verurtheilt werden kann, sondern vielmehr die kläger'sche Partei ohne weiters definitive mit fraglicher Klage abgewiesen, und in sämmtliche bisherige Prozeßkosten verurtheilt werden muß.

Dr. P.

3.

Replik.

Die von dem Hrn. Vertreter der beklagten Partei angebrachte Verjährungs-Einrede ist durchaus ungegründet, was folgende Widerlegung bewährt.

Der Lauf der Verjährung in Ansehung einer stipulirten Obligation kann nur von der Zeit beginnen, wo das Recht, die Erfüllung dieser Obligation zu fodern, eingetreten ist. Dieser Termin ist in Ansehung der in Frage stehenden Foderung der gegenwärtigen Klage noch nicht eingetreten, weil von Seite des Gläubigers die Aufkündung des Kapitales nicht geschehen ist, und diese allein die Bedingniß ist, unter welcher der Schuldner zur Bezahlung des Kapitals verbunden gewesen wäre. Die Aufkündung selbst ist nach dem

Schuldkontrakt an keine bestimmte Zeit gebunden, sie wurde daher dem freien Belieben der beiderseitigen Kontrahenten hingestellt, und es konnte daher auch die Unterlassung derselben von einer oder der andern Seite auch keinem der Contrahenten präjudiziren.

Die Verjährung, welche die Beklagten in Anspruch nehmen, ist die Extinctiv-Verjährung.

Jeder Verjährung muß ein Rechtstitel zu Grunde liegen. Dieser Rechtstitel kann im vorliegenden Falle kein anderer seyn, als die Unterlassung der Heimzahlung des Kapitales binnen deren Verlaufe des gesetzlichen Termines nach vorheriger geschehener Aufkündung. Die Aufkündigung ist aber nicht geschehen, folglich mangelt es auch auf Seite des Beklagten an denjenigen Titeln, welche die Extinctiv-Verjährung hätten begründen können.

Die gegentheilige Einrede mag höchstens in Beziehung auf die Zinsen der ersten drei Jahre gegründet seyn; allein die Verjährung dieser Zinsen kann nicht die Verjährung des Kapitales selbst zur Folge haben.

Ein zweites Erfoderniß auch zur Extinctiv-Verjährung ist bona fides, diese läßt sich aber, wenigst auf Seite der Vorfahren und Erblasser der Beklagten durchaus nicht präsumiren, indem sie die fragliche Schuld contrahirten, folglich vor dem Daseyn derselben wohl unterrichtet waren, und eben deßwegen auch die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit gegen ihren Gläubiger keineswegs in guten Glauben unterlassen konnten.

Unter Rücksicht auf letztes erwähntes Verjährungserfoderniß hätte die vorgebliche Verjährung erst nach dem Tode der Vorfahrer der Beklagten, nämlich im J. 1818 begonnen, und a dato dieser Zeit ist der Verjährungstermin nicht abgelaufen.

Belangend die Restitution, um deren Gewährung in eventum nachgesucht wurde, so steht in Ansehung derselben die klagende Stiftung auf gleicher Stufe mit den physisch minderjährigen Personen, nur mit dem Unterschiede, daß letztere solche Restitution vier Jahre nach ihrer erlangten Volljährigkeit gegen alle Beschädigungen, welche sie während

ihrer Minderjährigkeit aus Handlungen jeder Art erlitten haben gebührt, während den moralischen Personen insbesondere den Stiftungen dieser vierjährige Restitutions-Termin 4 Jahre von der Zeit anfangend lauft, wo sie die Läsion, gegen welche die Restitution nachgesucht wird, wirklich erlitten haben.

Solche Läsion ist zur Zeit noch nicht einmal eingetreten, weil noch kein rechtskräftiges Erkenntniß darüber besteht, daß die klagende Stiftung auf den Grund der Verjährung ihrer fraglichen Foderung verlustig seyn solle.

Die Gegnerseits in Beziehung auf das Restitutions-Gesuch zum Behufe seiner Widerlegung aufgestellte Theorie ist durchaus unrichtig, und im Widerspruche mit dem klaren Inhalt der Gesetze, welche in Ansehung solcher Restitution zwischen den physisch und moralisch minderjährigen Personen keinen andern Unterschied, als den oben angeführten sanctionirt, und binnen dem festgesetzten vierjährigen Termine die Restitution unbedingt, und ohne Rücksicht auf die Ursache der Versäumung des Extinctiv-Verjährungs-Termines zuläßt.

Aus angeführten Gründen kann auch der in Frage stehende Streit wegen vorgeblicher Verjährung nicht als beendigt angesehen, und die Streitseinlassung nicht verweigert werden.

Es wird daher gehorsamst gebeten, die Beklagten mit ihren Einreden abzuweisen, zur Streiteinlassung verbindlich zu erkennen, und in die Kosten zu verurtheilen.

Dr. B.

4.

Erkenntniß Imae.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt der unterfertigte Gerichtshof als I. Instanz in der Klagsache der Kirchenverwaltung Fr. gegen den Här.-Bauer Gg. S. daselbst, so wie dessen Geschwister zu Recht:

1. Daß Georg und Kaspar S. et Conl. nicht schuldig seyen, in den Streit sich einzulassen, und die klagende Kirchen-Stiftung mit dem Restitutionsgesuche abgewiesen werde,

2. Daß Klägerin die Kosten zu tragen habe.

Gründe.

In dem sub dato 17/25. Juli 1836 bei unterfertigtem Gerichtshofe eingereichten Libelle behauptet die Kirchenverwaltung Fr., Georg S. Här.-Bauerngutsbesitzer in Fr. und sein Eheweib Maria seyen ihr nach Inhalt der dem Libelle in Abschrift anliegenden Obligation dd. 27. Sept. 1803 ein zu 4 0/0 verzinsliches halbjährig aufkündbares Kapital zu 200 fl. Darlehensweise schuldig geworden.

Seit dem Entstehen dieser Schuld sey indessen kein Zins bezahlt und weder das Kapital noch ein Zinsenrückstand, bei der im Jahre 1818 nach eingetretenem Ableben der Schuldner erfolgten Gutsübergabe an den Sohn Georg unter die auf 1565 fl. 25 kr. festgestellten Passiven aufgenommen worden.

Die Kirchenverwaltung lebt der Überzeugung, daß der Gutsübernehmer G. S. und seine fünf Geschwister als Kinder und Erben der Schuldner zu gleichen Theilen haften.

Sie stellt sofort gegen dieselben Klage mit der unterthänigen Bitte, es wolle nach verhandelter Sache zu Recht erkannt werden, Beklagte seyen verbunden, das Kapital pr. 200 fl. nebst den seit 27. Sept. 1803 rückständigen Zinsen, und zwar jedes Individuum zum sechsten Theile zu bezahlen.

Obgleich übrigens seit der Entstehung fraglicher Kapitalsschuld bereits 30 Jahre verflossen seyen, so habe doch — fährt Klägerin fort — die Verjährung nicht einmal zu laufen begonnen, weil nach dem Schuldkontrakte halbjährige Aufkündung bedungen, dieses bis jetzt aber nicht erfolgt, sohin auch ein bestimmter Termin zur Zurückzahlung noch nicht eingetreten gewesen sey.

Für jeden Fall implorire Klägerin die Wohlthat der Restitution gegen die Verjährung, indem seit dem Eintritt, resp.

dem Eintritt der Läsion, welche das Gotteshaus erleiden soll, noch nicht 4 Jahre verflossen seyen.

Dieser Klage setzten die in ein Litisconsortium getretenen sechs Beklagten, — die Einrede der Verjährung entgegen, und verweigerten die Streitseinlassung.

Die Einrede der Verjährung, wenn sie liquid gemacht werden kann, befreit nach cod. jud. cap. 6. § 3. nro. 3. und cap. 4. § 3. adnot. wirklich von der Verbindlichkeit zur Streits-Einlassung. Sie erscheint aber auch in concreto durch das eigene Bekenntniß der Klägerin, in welchem nach Cod. jud. cap. 11. § 1. die kräftigste Probe liegt, vollkommen liquid.

Der Umstand, daß Klägerin 30 Jahre lang von der ihr bedungen gewesenen halbjährigen Aufkündigung keinen Gebrauch machte, schützt sie nicht im Mindesten gegen die Vollstreckung der Verjährung, weil eben die Aufkündigung, die nichts anders als die Anfoderung um die Zahlung seyn konnte, das vorzüglichste Mittel zur Unterbrechung der Präscription bildete.

Genannte Beklagte sind daher nicht schuldig, sich auf die Klage der Kirchenverwaltung einzulassen. Eben so mußte das Restitutionsgesuch der Klägerin abgewiesen werden, weil es sich um die Exstinktiv-Verjährung binnen 30 Jahren handelt, nach deren Vollstreckung nicht nur allein das Foderungsrecht erloschen ist, sondern auch eine restitutio in integrum nach dem Landrechte p. II. cap. 4. § 12. et adnot. lit. d., so wie nach dem subsidiär geltenden gemeinen Rechte lex. 3. lex. 4. ord. de praescrip. 30. an. unter dem Vorwande der Minderjährigkeit, Abwesenheit und Unwissenheit nicht mehr Platz greift.

Den Ausspruch im Kostenpunkte rechtfertigen die in der G.-O. cap. 17. § 4. enthaltenen Bestimmungen.

L. den 16. Okt. 1838.

5.

Berufung.

Allerdurchlauchtigster ꝛc. ꝛc.

Georg und Maria S., gewesene Besitzer des Häringutes zu Fr. erhielten im Jahre 1803 durch das kön. Landgericht W. ein zu 4 0/0 verzinsliches, und halbjährig aufkündbares Kapital von 200 fl., welches die Kornmessers-Wittwe D. dem Gotteshause Fr. zur Stiftung von jährlichen vier Quatembermessen vermachte, und im besagten Jahre denselben auch angefallen ist.

Für dieses Darlehen hatten die S.'schen Eheleute bei dem Landgerichte W. am 20. Sept. 1803 einen Schuld- und Hypothek-Brief errichtet.

Es wurde unterlassen, fragliches Kapital in den Kirchenrechnungen vorzutragen, woran glaublich der Umstand Schuld tragen mochte, daß in demselben Jahre, wo der Schuldbrief ausgefertigt wurde, das Landgericht W. aufhörte, die Gerichts- und Administrations-Behörde des Gotteshauses Fr. zu seyn, und an dessen Stelle das Landgericht A. getreten ist, welches vom erwähnten Kapitale vielleicht gar keine Kenntniß erhalten hat.

Erst von dem gegenwärtigen Hrn. Pfarrer von Fr., welcher aus den Papieren seiner Pfarrei sich von dem Daseyn fraglichen Kapitals unterrichtete, ward, und zwar im Jahre 1835 das Patrimonialgericht B. als Niederkuratel-Behörde aufgefodert, die Rechte des Gotteshauses Fr. in Ansehung solchen Kapitals, und der hieran rückständigen Zinsen geltend zu machen, und diese versäumte auch nicht nach vorheriger Erforschung aller Sachverhältnisse, mir den Auftrag zur Einklagung fraglicher Foderung gegen die in mehreren Gerichtsbezirken domizilirenden Erben der ursprünglichen Schuldner zu ertheilen.

Ich stellte diese Klage beim kön. Appellationsgerichte für Oberbayern mit Verbindung des Restitutionsgesuches, ward jedoch sowohl mit jener, als mit diesen vermög Erkenntnis-

ses dd. 16. vorigen et praes. 8. dieses Monats unter Verfällung in die Kosten abgewiesen.

Da durch dieses Erkenntniß das Gotteshaus Fr. seiner rechtmäßigen Foderung auf unverschuldete Weise ganz verlustig werden sollte, so ist es auch hiedurch im höchsten Grade beschwert, und ich finde mich daher Namens desselben bemüßigt, dagegen zu Ew. k. Maj. allerhöchsten Gerichtshof die Berufung zu ergreifen, und zwar aus folgenden Gründen:

I.

Belangend die Klage.

Diese wurde abgewiesen, auf den Grund vorgeblicher Extinktiv-Verjährung.

Meines Erachtens ist jedoch diese zur Zeit noch nicht eingetreten.

Vermöge dem Schuldkontrakte ist halbjährige Kapitals-Aufkündung bedungen.

Dieser Stipulation zufolge lauft für den Schuldner die Verbindlichkeit der Kapitalsrückzahlung erst vom Tage der geschehenen Aufkündung. Letztere wurde jedoch vor der Klagestellung noch nicht gemacht, folglich hat auch bis dahin für den Schuldner die Zahlungsverbindlichkeit nicht zu laufen angefangen, dieselbe konnte daher auch seinerseits nicht durch Verjährung erlöschen, weil aus angegebener Ursache der Lauf derselben noch nicht angefangen hat.

Eben so wenig ist aber auch auf Seite des Gotteshauses Fr. als Gläubigerin das Recht der Aufkündung, und der Zahlungsfoderung durch Verjährung erloschen.

Die Aufkündung selbst ist bei der Stipulation, daß sie halbjährig zu geschehen hat res merae facultatis, die Klägerin war demnach hiezu an keine Zeit gebunden, und sie konnte diese unbeschadet ihrer Rechte, hundert Jahre und noch länger unterlassen.

Abgesehen hievon, so setzt solche Verjährung ein Unterlassen aller Handlungen und Thatsachen voraus, welche als

Folge des Rechts, welches Gegenstand der Verjährung seyn soll, zu betrachten sind.

Diese Bedingniß ist jedoch im vorliegenden Falle nicht gegeben, indem das Gotteshaus bis zur Stunde sich im Besitze des ihm für die eingeklagte Foderung ausgestellten Schuldbriefes befindet, und durch diesen Besitz als Folge seines Rechts auch sich im Besitze des letzteren selbst fortdauernd erhalten und gegen jede Verjährung geschützt hat.

Würde aber auch vorstehende Argumentation den Ungrund der Verjährung nicht nachweisen, so glaube ich diese Nachweisung mit Rekurrirung auf das Gesetz Cod. civ. p. II. cap. 4. und 10. liefern zu können.

Gemäß diesem Gesetze können Successoren die von ihrem Vorfahrer angefangene Verjährung nur in dem Falle fortsetzen, wenn letzterer sich nicht in mala fide befunden hat.

Diese Bedingniß ist im vorliegenden Falle nicht gegeben, weil die Ältern der Beklagten als selbstige Kontrahenten der fraglichen Schuldfoderung von dem Daseyn derselben gute Wissenschaft hatten, sich derselben vor ihrem Absterben auf keine rechtliche Weise entledigt hatten, folglich auch nie mit Recht und gutem Gewissen glauben, oder gar sich überzeugt halten konnten, daß sie von solch ihrer Schuld befreit seyen.

Sie befanden sich demnach bis zu ihrem Tode in mala fide, deßhalb kann auch von einer Fortsetzung der Verjährung von Seite der Beklagten keine Rede seyn, sondern diese fieng in Ansehung derselben erst vom Tode ihrer Ältern, nämlich vom Jahre 1818, wo derselbe erfolgte, zu laufen an, von diesem Zeitpunkte aber angerechnet bis zur Klagestellung ist die Extinktiv-Verjährung noch nicht erstreckt worden.

II.

Belangend das Restitutionsgesuch.

Mein Klaglibell erwähnt ausdrücklich des Umstandes, daß jede Unterlassung, woraus dem klagenden Gotteshause in Ansehung fraglicher Foderung ein Nachtheil erwachsen mochte, seiner Verwaltung, und Kuratel zur Last fällt.

Nach dem Gesetze Cod. civ. p. I. cap. 7. § 36. Nr. 8. werden Kirchen den physisch-minderjährigen ganz gleich gehalten, und es gebührt ihnen wie diesen gegen alle ihnen zum Nachtheile gereichenden Handlungen ihrer Verwalter und Kuratoren die Restitutio in integrum und zwar binnen vier Jahren vom Tage der erlittenen Läsion.

Diese Läsion hat sich, vorausgesetzt, jedoch nicht angenommen daß die Verjährung der eingeklagten Foderung eingetreten wäre, am 20. Sept. 1833, wo vom Tage der Obligations-Ausstellung die 30jährige Verjährungszeit abgelaufen ist, ergeben, von mir wurde aber die Restitution im Monat Juli 1836, also noch vor Ablauf des gesetzlichen Erlöschungs-Termins nachgesucht, folglich der klagenden Stiftung damit die Wohlthat der Restitution salvirt.

Die im beschwerenden Erkenntnisse allegirte Stelle der Baron Kreitmaier'schen Noten zum Civilgesetzbuche wird meines Erachtens vom Richter a quo mißverstanden, indem diese in Übereinstimmung mit dem Gesetzbuche selbst ausdrücklich bestimmt, daß den minderjährigen während der Minderjährigkeit nicht die Verjährung lauft, und die oben von mir angeführte Gesetzstelle Cod. civ. cap. I. § 36. Nr. 8. die Kirchen den Minderjährigen gleich zählt, folglich auch den Kirchen während ihrer fingirten Minderjährigkeit, welche bis zu der Zeit, wo vier Jahre nach erlittener oder bekannt gewordener Läsion verflossen sind, andauert.

Auf den Grund dieser Rechtfertigung meiner Berufung bitte ich allerunterthänigst:

Ew. kön. Maj. wollen allergerechtest zu erkennen geruhen,

meine Klage sey nicht verjährt, oder doch die klagende Stiftung sey gegen den Ablauf der Klagezeit in integrum zu restituiren, und die Beklagten seyen sohin schuldig, sich auf die Klage einzulassen, die Kosten aber zur Zeit zu suspendiren.

6.

Erkenntniß II^dae.

Seine königliche Majestät.

Erkennen in Sachen der Pfarrkirche Fr. gegen G. S. Här.-Bauer von dort und Cons. wegen Darlehens — dermal Streitbefestigung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — zu Recht und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts von Oberbayern vom 16. Okt. 1838 so weit dagegen appellirt wurde, unter Verurtheilung der genannten Kirche in die Berufungskosten, einschlüssig der Kosten zu 4 fl. 14 kr. für die gegner'sche Nebenverantwortung.

Gründe.

Die klagende Kirche findet sich durch das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts von Oberbayern vom 16. Okt. 1838 beschwert;

A. weil die Beklagten auf den Grund der vorgebrachten Einrede der Verjährung von der Streitbefestigung entbunden wurden, und

B. weil ihr eventueles Gesuch um Restitution gegen die vollstreckte Verjährung abgewiesen wurde.

Diese Beschwerden erscheinen als ungegründet; denn

ad A.

nach G.-O. Kap. 6. § 3. und Annot. lit. c. befreit die Einrede der Verjährung von der Verbindlichkeit zur Streitbefestigung, wenn sie ohne weitwendige Probe auf der Stelle dargethan werden kann.

Im concreten Falle ergibt sich die von beklagter Seite erhobene Einrede der erlöschenden Verjährung aus dem eigenen Klage-Vorbringen, also ohne alle Weitwendigkeit aus den Akten selbst; denn die klagende Kirche selbst trug vor, daß das eingeklagte Darlehen ad 200 fl. den Georg S.'schen Eheleuten schon im September 1803 gemacht worden sey, und daß seit dieser Zeit bis zur Klagestellung im Juli 1836, also während 33 Jahren weder Zinsen bezahlt noch sonstige Schritte

zur Geltendmachung der Rechte der Kirche aus dem behaupteten Darlehen gemacht worden seyen.

Schon in diesen Zugeständnissen liegen alle Erfoderniſse zur Erlöschung der angeblichen Obligation der hierauf bezüglichen Klage vor; denn nach G.=O. cap. 4. § 3. u. Anmerk. zum L.=R. Th. II. cap. 4. § 4. lit. d. wird hiezu nicht mehr erfodert, als daß der Gläubiger 30 Jahre verstreichen lasse, ohne von seinem Rechte irgend einen Gebrauch zu machen; in solchem Falle erlischt Obligation und Klage selbst, wenn der Schuldner gute Wissenschaft davon gehabt hat.

Die klagende Kirche meint zwar

1) die Verjährung habe noch gar nicht angefangen, weil von der bedungenen halbjährigen Aufkündung die res merae facultatis gewesen, nie Gebrauch gemacht worden, also für den Schuldner die Verbindlichkeit zur Zahlung noch nicht gekommen, oder mit andern Worten, die Klage noch nicht geboren worden sey;

2) daß die ursprünglichen Schuldner, die S.'schen Eheleute als Darlehen=Empfänger in mala fide gewesen seyen, daher die Verjährung nicht beginnen konnte, ihre Kinder aber hätten diese erst mit dem Tode derselben im J. 1818 beginnen können, von wo an sie bis zur Klagestellung nicht vollstreckt worden sey.

3) Die Kirche sey bis zur Stunde im Besitze des bezüglichen Schuldbriefes und dadurch des angesprochenen Rechtes selbst.

Allein alle diese Einwendungen sind unhaltbar, denn

ad 1) Es ist zwar richtig, daß die Klage auf Zurückzahlung eines Darlehens nicht statt habe, bevor die bedungene Aufkündungszeit abgelaufen ist. L.=R. Th. IV. cap. 2. § 3. Nr. 8. — daß also vor diesem Zeitpunkt die Klage noch nicht geboren sey; allein hieraus folgt noch nicht, daß gegen ein Darlehen mit bestimmter Aufkündungszeit die Verjährung vor wirklich erfolgter Aufkündung gar nicht beginnen könne.

Die G.=O. cap. 4. § 3. bestimmt nur, daß die Erlöschung aller Klage von der Zeit an beginne, da sie hätten gestellt werden können.

Diese Möglichkeit der Klagestellung ist aber nicht bloß dann gegeben, wenn die Klage durch die wirkliche Aufkündung und den Ablauf der Aufkündungszeit geboren ist, sondern auch dann, wenn im Laufe der Verjährungszeit der Gläubiger im Stande war, die Nativität der Klage herbeizuführen.

Conf. Schwepper röm. Privat-Recht § 170.

Darum bestimmt die G.-O. c. l. weiter, nach Ablauf der Verjährungszeit finde die Klage nicht mehr statt, es sey denn zu beweisen, daß man die ganze Zeit über an der Klage gehindert, oder der Schuldner gemahnt worden sey.

Im concreten Falle konnte die klagende Stiftung selbst eine solche Hinderung nicht behaupten, sie war im Besitze des Schuldbriefs, wie sie selbst herkommen läßt, und es hieng von ihrem Ermessen und Belieben ab, das Kapital ad 200 fl. aufzukünden, oder zurückzufodern und dadurch die Einklagbarkeit herbeizuführen, sie unterließ dieß aber und hat eben hiedurch die gesetzlichen Nachtheile der Verjährung ipso jure verwirkt.

Nach Anmerkungen zum L.-R. Th. II. cap. 4. § 4. lit. d. erlöschen mit dem bloßen Zeitablaufe die Rechte selbst, wo aber kein Recht mehr besteht, kann auch von einer Klage nicht mehr die Rede seyn.

ad 2) Auf die vermeintliche mala fides der Ältern der Beklagten kömmt es dermal nicht an, weil bei der hier vorliegenden Extinctiv-Verjährung nach G.-O. cap. 4. § 3. u. Anmerkungen zum L.-R. Th. II. cap. 4. §. 4. lit. d. überhaupt nicht mehr als der Ablauf der gesetzlichen Zeit und insbesondere guter Glaube auf Seite Derjenigen, zu deren Gunsten eine Obligation erlischt, nicht erfoderlich ist.

Die angerufene Bestimmung des L.-R. Th. II. cap. 4. § 10. paßt nicht hieher, denn sie hat nur die Acquisitiv-Verjährung zum Gegenstande.

ad 3) Die Behauptung, daß sich die Kirche noch im Besitze des bezüglichen Schuldbriefes befinde, ist — abgesehen davon, daß sie erst in der Berufungs-Instanz vorgebracht wurde, völlig unerheblich, der Schuldbrief ist nur ein Be-

weismittel des behaupteten Rechtes; diesen mag die Kirche immer besessen haben, und noch besitzen, darin lag keine Ausübung des angesprochenen Rechtes; durch den Besitz desselben wurde daher der Lauf der Verjährung weder zerstört, noch aufgehalten.

ad B.

Nach L.-R. Th. II. cap. 4. § 12. und Anmerkungen findet gegen die einmal vollstreckte Verjährung unter keinem Vorwande Restitution statt, zu Gunsten der Minderjährigen, Stiftungen u. dgl. eben so wenig als zu Gunsten anderer Personen.

Wenn sofort auch den Stiftungen nach L.-R. Th. I. cap. 7. § 36. Nr. 8. der Anspruch auf Restitution gegen erlittene Läsionen zusteht, so können hierunter mit Hinblick auf L.-R. l. c. § 30. nur solche Läsionen, welche ihnen durch Extrajudizialhandlungen ihrer Verwalter zugehen, verstanden werden, nicht aber auch Läsionen durch Verjährung, hinsichtlich welcher das Gesetz speziel ausdrücklich ein anderes verordnet hat.

Unter diesen Verhältnissen mußte das Erkenntniß des k. Appellationsgerichts so weit dagegen appellirt wurde, lediglich bestättiget und die Kirche, da sie keinen rechtlichen Grund zur Appellation hatte, auch in die Berufungskosten verurtheilt werden.

M. den 14. Febr. 1839.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Graf Rechberg.

B.

Die Verjährungszeit der actio depositi fangt nicht von dem Zeitpunkte an, wo der Depositalvertrag abgeschlossen, sondern erst von jenem, wo das Depositum zurück gefordert wurde.

1.

Klage.

Königliches Landgericht F.!

Maria P. übernahm im Jahre 1788 nach dem Tode ihres Vaters Veit L. das Kehlenbauer-Anwesen im Pflegamte M.

Darauf lag damals für den Landes-abwesenden Leonhard H., Geschwisterkind mit Maria P., dessen älterliches Heirathgut per 150 fl.

Maria P. verkaufte dieses Anwesen im Jahre 1794 um 2200 fl. an Johann und Elisabetha B. Der Kaufschilling wurde baar erlegt, und nach Abzug der Passiven zu 1300 fl. wurden der P. noch baar zu Handen gestellt 900 fl. Unter den Passiven befanden sich auch 300 fl. für Leonh. H., nämlich 150 fl. Erbgut und 150 fl. Heirathgut.

Diese 300 fl. behielt der damalige Pflegerichter zu M., Max S. in depolito, weil Leonh. H., wie gesagt, Landesabwesend war.

Im Jahre 1821 verlangte Maria P. dieses Depositum vom genannten Pfleger; dieser erklärte, daß bereits im Jahre 1803 alle depolita vom damaligen Pfleggerichte an das kön. Landgericht H. extradirt worden seyen.

Nach gepflogener Untersuchung fand sich jedoch dieses Depositum weder bei dem Landgerichte noch Rentamte H.

M. S., resp. dessen Erben, sind demnach schuldig, an K. H., resp. dessen Erben, das fragliche Depositum zu vergüten, und zwar um so gewisser, weil die Zurückgabe desselben erst im J. 1821 verlangt, und daher, weil sie damals nicht bewerkstelligt ward, die Klage aus dem Depositum erst mit diesem Jahre geboren wurde.

M. S., vielmehr dessen Erben aber haben diese Summe zu vergüten, weil mit den Rechten auch dessen sämmtliche Verpflichtungen auf sie übergegangen sind, und zwar letztere unbedingt, da ein Inventar nicht errichtet, sohin die hievon abhängige Wohlthat des Gesetzes nicht in Anspruch genommen werden kann.

Nach Eingabe vom 28. Dez. v. J. bin ich nun Rechtsnachfolger und zwar ausschließender des Landes-abwesenden und für verschollen erklärten K. H. geworden; ich habe daher auch ein ausschließliches Recht auf Zurückerstattung, resp. Vergütung des Depositums per 300 fl. nebst 5 0/0 Verzugszinsen seit dem J. 1821, wo dasselbe zurückverlangt worden.

Ich nehme hiewegen den pensionirten Hofkammer-Sekretär S. in Anspruch.

Es gelangt demnach an k. Landgericht die gehorsamste Bitte:

Hochdasselbe wolle geruhen, zur Verhandlung der Sache Kommission anzuberaumen und instructa causa zu erkennen,

Gegentheil sey schuldig, an mich

1) das Depositum per 300 fl. zu vergüten,

2) die 5 0/0 Verzugs-Zinsen hieraus seit dem J. 1821 zu bezahlen, und

3) sämmtliche Kosten zu tragen.

gehorsamster

G. M.

2.

Exceptions-Auszug.

Die Klage ist bereits seit mehr als 11 Jahren verjährt.

Der Kläger gibt selbst an, daß das angebliche Depositum im J. 1794 hinterlegt wurde, gegenwärtig aber leben wir im J. 1835, thut 41 J.; da nun nach Cod. jud. cap. 4. § 3. die Klagen in 30 Jahren verjähren, und hinsichtlich der actio depositi keine Ausnahme gemacht ist, so ist wiederum von selbst klar, und sollte es also auch dem G. M. gewesen seyn, daß man nach 41 Jahren nicht mehr klagen kann.

Zwar führt derselbe an, die M. P. habe das Depositum erst im J. 1821 verlangt, und es sey daher erst damals die actio ex deposito geboren worden.

Eine ungereimtere Behauptung ist aber wohl schwerlich aufgestellt worden, seit Prozesse geführt werden.

Der Kläger möge nämlich doch ja nicht vergessen, daß er hereditario nomine auftritt und nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habuit; offenbar aber könnte K. H. jetzt nicht mehr mit der actio ex deposito auftreten, nachdem das angebliche Geld schon im J. 1794, wenn es je unzugegeben geschehen seyn sollte — deponirt wurde, und er also zur selben Stunde das Recht hatte, dasselbe zurückzufodern, folglich auf die Klage in dem nämlichen Augenblicke geboren wurde, welche aber nunmehr aus Altersschwäche selig in den Herrn entschlafen ist.

Ob M. P. dieses Depositum i. J. 1821 verlangt habe, oder wann sonst, ist — wenn es per non concessum der

Fall gewesen seyn sollte, ganz gleichgültig; genug, daß H. oder sein Rechtsnachfolger von dem J. 1794 an 30 Jahre lang Zeit gehabt hätte, das Depositum gerichtlich zu verlangen, um die Verjährung des ursprünglichen Klagerechts zu vermeiden. Da dieß nicht geschehen ist, bitte ich wiederholt auf den Grund der praescriptio actionis gnädigst auszusprechen:

ich sey nicht schuldig, mich auf die gegnerische Klage einzulassen, und dem Kläger seyen sämmtliche Kosten aufzubürden.

3.

Replik's = Auszug.

Die Einrede der Verjährung, welche Beklagter der dießseitigen Klage entgegengestellt, ist gänzlich unhaltbar. Mit dem Augenblicke, wo das in Frage stehende Depositum in die Hände des Depositar kam, ward jener kontraktmäßige Zustand begründet, welchen die Gesetze als Depositum — im Gegensatze des pactum deponendo — bezeichnen.

So lange dieser Zustand fortdauert, d. h. so lange Deponent die in Verwahrung gegebene Sache in den Händen des Depositars belassen will, in so lange kann vernünftiger Weise auf Seite des Deponenten gegen den Depositar von einer Klage durchaus keine Rede seyn.

Dieses Rechtsmittel kann erst dann Platz greifen, wenn das kontraktmäßige Rechtsverhältniß zwischen dem Depositar und dem Deponenten von dem erstern auf irgend eine Weise gestört wird. Erst im Augenblicke einer solchen Störung kann der Deponent in die Lage kommen, Klage erheben zu müssen; denn früherhin und so lange der Depositar seinen Verbindlichkeiten nachkommt, kann begreiflicher Weise Deponent ein Klagrecht durchaus nicht haben. Werden diese Prämissen nicht außer Acht gelassen, so kann die Überzeugung nicht fehlen, daß die Argumentation des Gegners, durch welche er die Einrede der Verjährung als begründet heraus zu

klügeln sucht, durchaus nichtig ist. In der dießseitigen Klage wurde ausdrücklich bemerkt, daß die Restitution des in Frage stehenden Depositum erst im J. 1821 begehrt worden sey. Da nun M. S. damals die Zurückgabe verweigerte, so war folglich erst mit dem Augenblicke dieser Verweigerung für den Deponenten und dessen Rechtsnachfolger die Klage geboren worden, und es ist somit einleuchtend, daß zur Zeit von einer Verjährung durchaus keine Rede seyn kann.

Wenn übrigens Beklagter in Abrede stellt, daß die Zurückgabe des Depositums im J. 1821 nicht geschehen sey, so meint er es wahrlich mit seinem eigenen Interesse nicht gut. Denn wenn die Zurückgabe nicht früher als in der vorliegenden Klage begehrt worden ist, so wird der Ablauf der Verjährungszeit nur noch desto weiter hinausgerückt.

4.

Duplik's = Auszug.

Es ist wirklich possierlich anzusehen, wie gewaltig sich Replikant abmüht, diesen Theil der Exception zu widerlegen. Schade, daß sein ganzes Vorbringen weiter Nichts, als eine leere, trügliche Schlußfolgerung ist. Er argumentirt nämlich dahin, daß eine Klage auf Herausgabe eines Depositums nicht eher geboren werde, als bis der Depositar die Herausgabe des Depositum verweigere.

Allein wem fällt nicht hier sogleich die absichtliche Verwechslung zwischen der wirklichen Stellung einer Klage und der Möglichkeit zur Klagestellung in die Augen? Letztere allein, nämlich die bloße Möglichkeit, Klage zu stellen, in concreto das Depositum zurückzufodern, ist schon hinreichend, den Unterbruch der Verjährung zu bewerkstelligen; hiezu bedarf es nicht erst einer Weigerung des Depositars und wirklichen Klagestellung, sondern von dem Augenblicke an, wo Jemand ein Depositum anlegt, hat er Fug und Macht, dasselbe wieder zurückzufodern. Actio nata est! Könnte gegen diese Ansicht ein Zweifel aufkommen, so wird er durch das

appellationsgerichtliche Erkenntniß in Sachen M. P. und M. S. p. depoſit. dd. 25. Juni 1831 völlig niedergeſchlagen. Hier heißt es wörtlich: „Sie geſteht ſelbſt, Deponentin geweſen zu ſeyn, ihr Bruder war zu jener Zeit ſchon abweſend, und Nichts hätte ſie verhindert, die Verſchollenheitserklärung desſelben noch vor Ablauf der Verjährungsfriſt zu veranlaſſen, um die Verjährung des urſprünglichen Klagerechtes zu vermeiden.“

Überdieß ſteht dem Kläger als unüberſteigliches Hinderniß noch der Umſtand im Wege, daß er lediglich hereditario nomine und zwar zu einer ſolchen Zeit erſt auftrat, als die Klage ſchon längſt verjährt war. Es wäre überflüſſig, gegen die Replik über dieſen Punkt nur noch eine Sylbe zu verlieren; eben ſo wenig vermochten dieſelben durch die eventuelen Einreden widerlegt zu werden.

5.

Auszug

aus dem

Erkenntniß I^mae.

Das kön. Landgericht F.

Erkennt in der Streitſache des G. M. von E. gegen G. S. von F. pcto. depoſiti nach erſtattetem ſchriftlichen Vortrage in kollegialer Berathung zu Recht:

1) Die eventuele Litiskonteſtation ſeit als pure geſchehen, zu erachten.

2) Habe Kläger M. zu beweiſen, daß Gerichtsſchreiber S. im J. 1794 bei dem Anweſensverkaufe der M. P. die von dem Käufer B. heimbezahlten 150 fl. Erbgut und 150 fl. Heirathgut für den Landes-abweſenden Leonh. H. in depoſito behalten, und daß Maria P. im J. 1821 dieſes Depoſitum vom genannten Pfleger zurück verlangt habe.

Bayerische Staatsbibliothek München

Gründe.

ꝛc. ꝛc.

Schon hieraus kann die Unstatthaftigkeit der exceptio rei judicatae entnommen werden, und eben so unstatthaft, wie diese Einrede, ist auch die der Verjährung.

Der Kläger hat in seiner Klage ausdrücklich behauptet, daß das in Frage stehende Depositum im J. 1821 zurück verlangt worden sey.

Diese Behauptung ist nichts anders, als die anticipirte Replik der unterbrochenen Verjährung, und wenn die vormalige Klägerin P. asserirt hätte, daß das fragliche Depositum im J. 1821 zurück verlangt wurde, so wäre der Beklagte in dem frühern Prozesse auf den Grund der inmitte liegenden Verjährung von der Klage entbunden worden.

Am 26. März 1826.

6.

Auszug
aus der
Berufung.

Da in allen Theilen der Unterrichter dem Kläger zu Gunsten entschieden hat, so sehe ich mich nothgedrungen, auch über diesen so eben zur Sprache gebrachten Punkt der Verjährung vorliegender Klage mein eigenes Gravamen zu erheben.

Die Lehre, welche Kläger in seiner Replik über den Anfang der Verjährung der Depositenklage an das Tageslicht befördert hat, ist zu hinfällig und unstichhaltig, als daß es eine weitläufige Wiederlegung derselben bedürfte. Seiner Meinung nach müßte sich — obwohl die Gesetze keine Sylbe hievon enthalten, gerade die actio depositi einer in ihrer Ausdehnung ganz unbestimmten Verjährungszeit zu erfreuen haben. Setzt man nämlich dem Kläger beistimmend als gewiß voraus, daß die Verjährungszeit der Depositenklage

erst von dem Momente an beginne, wo das Depositum zurückgefodert, aber vom Depositar verweigert wird, so würde im concreten Falle die gestellte Klage sich einer 57jährigen Verjährungszeit, und wenn man dieses Exempel in's Absurde verfolgen oder als anderes Beispiel annehmen will, ein Depositum würde erst nach 100 Jahren zurückverlangt und verweigert, gar einer 130jährigen Präscriptionszeit erfreuen. Wie gerade die Depositenklage zu diesem ungeheuern Privilegium komme, ist in den Gesetzen nirgends zu lesen, vielmehr statuiren dieselben das analoge Gegentheil, indem sie z. B. bei der actio mutui keineswegs annehmen, daß dieselbe erst von dem Zeitpunkte an die Verjährung inkurrire, wenn der Darlehens-Empfänger zur Zurückgabe des Darlehens aufgefodert wird, sondern bekanntlich dieselbe als erloschen erklären, sobald das 30. Jahr vom Tage des Darlehens an gerechnet verflossen ist.

Zwar hilft judex I^mae dem Kläger dadurch aus seiner Verlegenheit, daß er annimmt, die Behauptung, es habe M. P. im J. 1821 das fragliche Depositum zurückgefodert, enthalte das Assert eines Unterbruches der Verjährung; allein ich habe schon in meiner Exception genügend nachgewiesen, daß selbst diese Ausflucht die Klage des G. M. gegen die Einrede der Verjährung nicht zu retten vermag; denn G. M. tritt hier als Erbe des Leonh. H. auf; nun kann bekanntlich Niemand mehr Recht einem Andern übertragen, als er selbst hat, und da L. H. jetzt nach Verfluß von 41 Jahren die actio depositi mit Erfolg nicht anstellen könnte, so kann dieß auch sein jetziger Erbe G. M. nicht, weil H. die Verjährungszeit ohne Unterbruch verfließen ließ.

Diese meine Ansicht ist evident gerechtfertigt in dem frühern appellationsgerichtlichen Erkenntnisse i. S. der M. B. gegen M. S. p. depositi dd. 25. Juni 1831, und ich darf daher bei der bekannten Consequenz des höchsten Gerichtshofes mit aller Gewißheit darauf rechnen, daß wenigstens aus diesem einzigen Grunde der vorliegenden Verjährung meinem Exceptionsantrage sub Nr. 8. unbedingt deferirt wird.

7.

Auszug
aus dem
Erkenntniß IItiae.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt der unterfertigte Gerichtshof in der Streitsache des G. M. gegen G. S. wegen Depositums auf die von beiden Theilen gegen das erstrichterliche Erkenntniß vom 26. März h. Js. ergriffene Berufungen zum Theile abändernd zu Recht:

1) Der Streit sey als pure befestiget anzusehen.

2) Kläger habe binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen, daß der Gerichtsschreiber M. S. im J. 1794 bei dem Anwesensverkaufe der M. B. die von dem Käufer B. heimbezahlten 150 fl. Erbgut und 150 fl. Heirathgut für den Landes-abwesenden Leonh. H. in deposito behalten habe.

Gründe.

Eben so ungegründet ist die Einrede der Verjährung, wobei zugleich die Berufung des Klägers gewürdigt werden muß.

Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß nach der Klagserzählung seit dem Abschlusse des Depositalvertrages mehr als 30 Jahre bis zur Anstellung der gegenwärtigen Klage verflossen sind, und daß die hier vorliegende actio depositi directa innerhalb 30 Jahren gleich andern Contraktsklagen verjähre. Allein eben so klar ist, daß die Verjährungszeit erst von dem Zeitpunkte an zu laufen anfange, wo die Klage gestellt merden möge.

Cod. jud. cap. 4. § 3.

Die Natur des Depositalvertrages besteht darin, daß der Depositar die Sache so lange aufbewahre, bis selbe der Deponent zurückfodert. Das Wesen der vorliegenden actio de-

positi directa aber ist, das Depositum gerichtlich zu reklamiren, Falls der Depositar die Herausgabe verweigert, wodurch eine Anfoderung eben so vorausgesetzt wird, wie durch eine Wirkung die Ursache. Erst von der Zeit dieser Weigerung an ist die actio depositi directa nata nach der auf Verwahrung des Depositums gerichteten Natur des Vertrages.

Um eine Verjährung annehmen zu können, müßte daher im vorliegenden Falle ex actis klar, oder wenigstens behauptet seyn, daß das angebliche Depositum vor mehr als 30 Jahren bereits zurückgefodert, aber nicht zurückgegeben worden sey. Wie bei dem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Commodat die Zeit des Gebrauches, resp. dessen Vollendung, die Restitutionsverbindlichkeit, und somit das Recht zur Zurückfoderung erzeugt, und von diesem Zeitpunkte an die actio commodi directa entsteht — eben so ist bei dem Depositum die Verbindlichkeit zur Restitution und somit das Entstehen der actio depositi directa durch die Zurückfoderung des Depositums, d. i. durch die Beendigung des Depositalvertrages bedingt.

Beklagter hat aber diesen zur Begründung der Einrede der Verjährung wesentlichen Umstand der Entstehungszeit der actio depositi (die nach der Natur des Vertrages ganz verschieden ist, von der actio mutui, welch letzteres bei unbestimmter Zeit inner 14 Tagen zurückverlangt werden kann), gar nicht beachtet.

Ja nach Lage der Akten konnte er ihn gar nicht behaupten, und mit Recht ist daher auch auf diese Einrede keine Rücksicht zu nehmen und von dem Kläger in der Berufung die Irrelevanz des Beweises der Interruption behauptet.

Der Erblasser des Beklagten hat für den damals Landes-abwesenden H. das fragliche Depositum als Pfleger in M. in Empfang genommen, wie die Klage behauptet. S. handelte daher als curator absentis und depositarius judicalis.

Zur Zurückfoderung wäre nur der Absens berechtigt gewesen; allein wegen seiner absentia konnte er eben so wenig

zurückfodern, als klagen. Selbst wenn man daher die actio depositi als nata mit Eingehung des Vertrages annähme, könnte gegen Leonhard H. eine Verjährung nicht angenommen werden, weil es bekannten Rechtens ist, non valenti agere non currit praescriptio. Für dessen Erben aber war so lange ein Rückfoderungsrecht des Depositums für den Abwesenden nicht begründet, oder entstanden, bis dieser nicht gestorben oder als gestorben fingirt war, welch letzteres erst durch die Verschollenheitserklärung im J. 1829 resp. 1830 geschehen ist, seit welcher Zeit ohnehin nicht die Verjährung vollendet werden konnte.

Da der Depositar aber bis zur Zurückfoderung zur Aufbewahrung des Depositums in natura verpflichtet war, so konnte er für sich wegen Mangels der bona fides ebenfalls keine erwerbende Verjährung begründen.

Nachdem nun sowohl gegen Leonhard H. als dessen Erben, selbst wenn man annehmen wollte, daß die actio depositi schon im J. 1794 nata gewesen, die Verjährungszeit nicht abgelaufen ist, weil bis zum Jahre 1829 die Unmöglichkeit der Klagestellung bestand, und auch der Depositar auf seiner Seite eine Verjährung nicht beginnen, geschweige vollenden konnte, so muß der deßfallsige erstrichterliche Ausspruch dahin abgeändert werden, daß der Beweis der Verjährungs-Interruption gestrichen wird.

L., am 20. Dez. 1826.

Einzelne Erkenntnisse.

Ueber Verzicht, besonders in Erbschaften.

Erkenntniß Imae.

Das kön. Kreis- und Stadtgericht St. hat sich in Sachen Theres St., verheirathete A. zu S., gegen Katharina von K. auf L. wegen Vatergut schriftlichen Vortrag erstatten lassen, und erkennt nach kollegialer Berathung zu Recht:

Frau v. K. sey schuldig ihrer Tochter Theres, verheirathete A. zu S. das im Vertrage vom 28. Nov. 1810 stipulirte Vatergut pr. 8000 fl., resp. 6800 fl. über bereits empfangene 1200 fl. zu bezahlen.

Compens. expens.

Gründe.

Die Beklagte Katharina von K. hatte nach dem appellationsgerichtlichen Urtheile vom 16. März zu erweisen, daß ihre Tochter Theres A. sich mit einem Vatergute von 4000 fl. begnügt und auf die frühere im Vertrage vom 28. Nov. 1810 ausgesprochene höhere Snmme von 8000 fl. rechtsförmlich Verzicht geleistet habe.

Dieses Beweisthema zerfällt in zwei Theile:

1. in den Beweis des Factums, aus welchem sich das Begnügen mit 4000 fl. von Seite der Theres A. deduciren läßt und

2. in den Beweis des rechtsförmig abgegebenen Verzichts auf die früher rechtsförmlich ausgesprochene Summe, mithin in den Beweis einer rechtlichen Handlung, die durch deren gesetzlichen Abschluß kräftig genug wurde, als eine Novation in Hinsicht auf den Vertrag vom 28. Nov. 1810 zu bestehen, und die Aufhebung dieses ganzen Vertrages nach sich zu ziehen.

Ad 1.

Zur Erweisung dieses Theiles trat Fr. v. K. den Zeugenbeweis an; die zu den aufgestellten Artikeln denominirten Zeugen sind: der Municipalrath S. in M., ehemaliger Vormund der St.'schen Kinder, dann Joseph H. und Georg St., Söhne resp. Brüder zu den streitenden Theilen. Diese Zeugen wurden von der Klägerin theils wegen directen Interesses, theils wegen Verwandtschaft als exceptionsmäßig verworfen.

Das directe Interesse des Dr. S. ist jedoch nicht so bescheiniget, daß dessen Exceptionsmäßigkeit als Zeuge unbedingt angenommen werden sollte.

Die behauptete Nachlässigkeit in seinen vormundschaftlichen Pflichten und die daraus zu fürchten habende Haftung sind Asserte, denen es an Belegen gebricht, besonders, wenn man in Erwägung zieht, daß gerade dieser Vormund es war, der gegen den Vertrag von 1816, welcher eine offenbare Verkürzung der St.'schen Kinder enthielt, eine Nullitätsklage einführte und zur Erzielung des bessern Vermögensstandes seiner Pupillen den Vertrag von 1818 erzweckte, wodurch ihr Vatergut in etwas besser gesetzt wurde.

Der Umstand, daß er zur Zeit seiner Vormundschafts-Verwaltung mit der Mutter seiner Pupillen angeblich in einem obligatorischen Nexus gestanden seyn soll, wäre allerdings seiner Zeit eine nothwendige Entschuldigung von der Tutel gewesen, kann aber gegenwärtig kein Motiv abgeben, seine Classicität als Zeuge zu beanständen. Aus diesen Gründen mußte diesem Zeugen mit Umgehung der klägerscherseits

behaupteten Exceptionsmäßigkeit volle Beweiskraft beigelegt werden.

Die beiden Zeugen Joseph und Georg St. wurden ebenfalls als exceptionmäßig verworfen und zwar

a) wegen obwaltender Verwandtschafts-Verhältnisse und

b) wegen vorgeblichen direkten Interesses bei dem Ausgange des Streites.

ad a) Beide Zeugen sind leibliche Kinder der Beklagten und als solche zu derselben im I. Grade verwandt.

Cod. jud. cap. 10. § 11. Nr. 1. nennt unter den exceptionsmäßigen Zeugen die Verwandten in auf- und absteigender Linie, so weit es immer geht, mit der Modifikation, daß die Exceptionsmäßigkeit gehoben seyn soll, wenn die Verwandtschaft auf beiden Seiten gleich ist. In concreto sind die beiden Gezeugen Brüder der Klägerin, mithin nach weltlicher Komputation, welche hier die herrschende ist, mit derselben im zweiten Grade verwandt. Die Vorschrift des Codex verlangt aber zur Purgation der Exceptionsmäßigkeit einen gleichen Verwandtschaftsgrad.

Diese ist vorliegend nicht gegeben, sondern die Verwandtschaft zur Klägerin ist um einen Grad entfernter, und da die Zeugen auch in der Beantwortung der ihnen vorgelegten Artikel — vide cod. jud. loc. cit. — nicht gegen die producirende Mutter, sondern gegen ihre Schwester mehr oder minder deponiren, so hat diese angeregte Exceptionsmäßigkeit allerdings Gründe für sich; allein es ist eine weitere Bestimmung des Codex, daß die Einredemäßigkeit ex consanquinitate auch erlöschen soll, wenn die Sache nicht auf andere Weise eruirt werden kann, als gerade durch die Aussage dieser Verwandten. Der vorliegende Rechtsstreit handelt über die Größe des der Theres A. gebührenden Vaterguts, welche ihre Bestimmung durch einen zwischen Mutter und Tochter abgeschlossenen Vertrag erhalten haben soll. Nach Analogie des Cod. civ. P. I. cap. 6. § 49. Nr. 4. ist hier der Fall gegeben, daß die angeführten Verwandten als unverwerfliche Gezeugen angesehen werden müssen.

ad b) Diese Einrede fällt bei dem Georg St., Posthalter zu Pl. gänzlich weg; denn er ist mit seinem Älterngute schon längst abgefunden, daher es ihm auch gleichgiltig seyn kann, ob durch den Sieg der Mutter deren einstige Verlassenschaft größer ausfällt, oder nicht.

Wenn auch in Betreff des Jos. St. ein Interesse beim Ausgange des Streites obwalten sollte, so steht doch dieses mit der Hinauszahlung des Vaterguts an seine Schwester nicht in so enger Verbindung, daß er deßwegen als klassischer Zeuge verworfen werden kann. Selbst in dem Falle, daß Ther. A. mit der gefoderten Summe ihres Vatergutes durchdringen würde, so vermöchte doch dieser Sieg keine allzu nachtheilige Einwirkung auf das einstige Vermögen des Jos. St. zu äußern; denn er hätte dann ein ähnliches Recht, wie seine Schwester geltend zu machen, wodurch ihm accreszirte, was er an Größe des mütterlichen Vermögensantheils allenfalls verlieren würde.

Es berührt endlich Probatin, daß Jos. St. im J. 1821 noch minderjährig gewesen sey; da indessen über die Exceptionsmäßigkeit eines Zeugen ex capite minorenitatis der Zeitpunkt der Vernehmung entscheidet, so macht cod. jud. cap. 10. § 10. in not. ad Nro. 1. den Unterschied, ob der Zeuge zur Vernehmungszeit oder zur Zeit des Factums, über welches er Zeugschaft ablegen soll, minderjährig war, und hebt im letztern Falle dessen Untüchtigkeit resp. Exceptionsmäßigkeit auf.

Daher hebt sich auch dieser Einwurf und sämmtliche von der Fr. v. K. denominirten Zeugen stehen omni exceptione majores da.

Diese drei klassischen Zeugen deponiren nun conform mit dem von K.'schen Artikel, daß die Beklagte im Jahre 1821 ihren Kindern den Stand ihres Vermögens entdeckt und ihnen erklärt habe, daß das Vermögen nicht weiter reiche, als dazu, daß jedes Kind 4000 fl. Vatergut erhalte. Es erhellt demnach aus diesen Zeugen-Elogien der wirkliche Bestand einer im J. 1821 gepflogenen aussergerichtlichen Verabredung über Reduzirung des Quanti des im Vertrage vom 28. Nov.

1810 den minorennen St.'schen Kindern zugesprochenen Vaterguts.

Wenn auch nicht klar hergestellt ist, daß Ther. A. vorzüglich auf sämmtliche Vermögensverhältnisse aufmerksam gemacht worden sey, so genügt zur factischen Existenz dieses Traktates, daß ihre Gegenwart bei fraglicher Beredung erwiesen sey.

Die vorgelegten Fragestücke sind unkräftig, eine Änderung an dem bereits vorhandenen Beweistheile zu erzeugen. Wenn auch Zeuge Sp. von einer durch ihn in's Leben geführten Nullitätsklage gegen den Vertrag von 1816 hier nichts wissen will, während dieses Faktum doch durch den ganzen Akt hindurch als unbestritten constatirt, so ist dieß freilich auffallend; indessen hat dieses doch keinen nachtheiligen Einfluß auf den Bestand der erwähnten Beredung.

Der zweite Artikel der Fr. v. K. bezweckt die Herstellung der Einwilligung der Ther. A. in die Minderung des früher stipulirten Vaterguts auf die Summe von 4000 fl., welche dieselbe nach vorausgegangener Belehrung über den ganzen Vermögensstand abgegeben haben soll. Die in diesem Artikel aufgestellten Asserte werden von den 3 vorgeschlagenen Gezeugen vollkommen bestättiget, und insbesondere gibt jeder derselben an, daß er die entscheidende Äußerung der Ther. A.: „daß wenn sie mit 4000 fl. keinen Mann bekäme, sie mit mehr Geld auch keinen bekomme" bei dieser Gelegenheit aus deren eigenem Munde gehört habe. Insbesondere gibt Al. Sp. an, daß er damals den St.'schen Kindern die Lage ihrer Mutter und deren Vermögensverhältnisse genau auseinandergesetzt habe, und daß erst hierauf die einwilligende Genehmigung der Kinder auf Minderung des Vaterguts erfolgt sey.

Durch diese einstimmig auch über diesen Artikel abgegebenen Depositionen ist ebenfalls hergestellt, daß Theresia St., verheirathete A., im Jahre 1821 in die Beredung über Minderung des früher ausgesprochenen Vatergutes eingestimmt habe, und somit wäre die faktische Existenz des behaupteten Tractates oder außergerichtlichen Vergleiches in dem Grade erwiesen, daß es des Suppletorien-Eides nicht mehr bedurfte,

zu dem sich die Beweisführerin erbot, da Zahl und Würdigung der Zeugen in concreto vollen Beweis begründen.

Mit der Begründung dieser faktischen Existenz eines derlei Vergleiches ist indessen das der Fr. v. K. auferlegte Beweisthema noch nicht erschöpft, sondern der Haupttheil desselben ist die juridische Möglichkeit des rechtlichen Bestandes dieses faktisch hergestellten Tractates im Zusammenhalte mit dem im Jahre 1810 am 28. Nov. abgeschlossenen gerichtlichen Vertrage über Auszeigung des Vatergutes der St.'schen Kinder.

Ad 2.

Nach dem Tode des Gutsbesitzers Georg St. wurde nach voraus gegangener Inventarisation des sämmtlichen, von diesem hinterlassenen Vermögens zwischen der Wittwe und ihren beigezogenen Beiständern und den Kindern resp. deren Vormündern bei dem k. Landgerichte Pf. gemäß Briefsprotokoll vom Jahre 1810/11 Nr. 66. am 28. Nov. 1810 ein Vertrag über Auszeigung des Vaterguts für genannte Kinder abgeschlossen: den Anhaltspunkt zu diesem Vertrage gab das gefertigte, obrigkeitlich aufgenommene Inventar vom 30. Mai bis 6. Juli, welches zugleich den Beweis bildet, daß der fragliche Vertrag nur allein praevia causae cognitione geschlossen worden sey. Die Paciszenten hatten die gehörige Fähigkeit oder ließen dieselbe durch ihre rechtsverständigen Vertreter, Beistände und Vormünder surrogiren. Der ganze Vertrag wurde unter gerichtlicher Autorität abgeschlossen, und die gerichtlich geschehene Protokollirung ist Bürge für das erfolgte Ratificatorium von Seite der kompetenten Obervormundschaftsbehörde des kön. Landgerichts Pf. Sohin stellt sich der Vertrag vom 28. Nov. 1810 als ein solenner Vertrag dar, sanctionirt durch die Beobachtung aller formelen Requisite, aller persönlichen, rechtlichen und faktischen Verhältnisse, unter welchen die Gesetze die Bedingungen zur Giltigkeit und Rechtsförmigkeit eines Kontraktes normiren. Von der Fr. von K. wird die Aufhebung dieses Vertrages respectu ihrer Tochter Ther. A. durch Verzicht von Seite der letztern

behauptet, und ihr daher nach dem Satze: Asserenti incumbit probatio der Beweis hierüber auferlegt. Dieser Beweis konnte aber, da die Behauptung auf die Zerstörung eines rechtsförmig bestehenden Geschäftes geht, natürlich kein anderer seyn als die Probe des juridischen Vorhandenseyns einer Alteration des Vertrags vom 28. Nov. 1810 ex capite novationis.

Eine juridische Handlung, deren Folge die Zerstörung einer früher existirenden seyn soll, muß natürlich zu ihrem vollem Siege in rechtlich qualitativer Hinsicht dieselbe juridische Kraft haben, wie jene, welche durch die letztere aufgehoben werden soll. Nach diesem Axiom ergibt sich das Resultat der Beweisführung über das zweite Beweisthema.

Daß die Theres A. ihren Beitritt zu jener Besprechung im Jahre 1821 über Minderung ihres Vaterguts abgegeben habe, unterliegt nach dem Obigen keinem Zweifel; daß aber in der Äußerung derselben, wenn sie mit 4000 fl. keinen Mann bekäme, sie auch mit mehr Geld keinen bekomme, ein Verzicht auf den Vertrag vom 28. Nov. 1810 liege, kann nicht angenommen werden; denn renunciatio ist stricti juris et hinc strictissime explicanda.

Es erfodert jeder Verzicht auch eine genaue Kenntniß jenes Rechts, auf welches man verzichten will.

Jeder Verzicht erfodert eine genaue Kenntniß des Rechts, auf welches man verzichten will.

Lex 11. Cod. Nr. 4. de rescind. vend. non valet renunciatio, nisi apparet, renuntiantem, de jure sibi competente, certiorum redditum fuisse, unde ne illi quidem.

Der Zeuge A. Sp. gab zu dem Fragstücke zum zweiten Artikel an, daß er nach seiner vollen Überzeugung die St.schen Kinder über die Vermögens-Verhältnisse ihrer Mutter aufgeklärt habe.

Dieses fand jedoch erst im Jahre 1821 statt, und wenn Sp. die damaligen Vermögens-Verhältnisse der Fr. von K. noch so umständlich detaillirte, so bleibt dieses doch ohne alle Wirkung; denn

1. war der damalige Vermögensstand der Mutter nicht der Anhaltspunkt zur Regulirung des Vaterguts, er gab daher auch keinen Grund zur Änderung des einmal stipulirten Vaterguts; dieses war bereits nach reiflicher Überlegung und mit Vergleichung des im gerichtlichen Inventarium fixirten Vermögensstandes im Jahre 1811 festgesetzt und dem väterlichen Vermögensrücklasse adäquirt gefunden.

Hat das Aktivvermögen der Fr. v. K. nach Verfluß von 11 Jahren sich verringert, so präjudizirt dieses dem Rechte der Kinder auf das ihnen einmal ausgewiesene Vatergut nichts, selbst wenn die Mutter durch Leistung desselben das ganze ihr eigenthümlich zugewiesene Vermögen opfern müßte, indem sie durch Verringerung des Vermögens nur ihr Eigenthum, nicht das ihren Kindern rechtlich Zugewiesene schmälern konnte.

2. Enthält die Aufklärung der Vermögens-Umstände im Jahre 1821 keine Belehrung über das der Th. A. zustehende Recht, das sich nicht an die dermalige Vermögensgröße der Mutter knüpft, sondern seine Existenz aus dem Vatergut-Auszeigungsvertrag von 1810 und der damaligen Vermögenslage derivirt.

Durch die angebliche Belehrung durch den Alois Sp. ist daher nichts erwirkt, da sich dieselbe auf Verhältnisse bezieht, die hier nichts releviren und nicht den eigentlich nothwendigen Zweck, nämlich die Aufklärung der Ther. A. über das ihr zustehende Recht berührt.

Die Folge hieraus ist, daß die von der Ther. A. abgegebene Einwilligung als mangelhaft erscheint. Die erste Bedingung für die Giltigkeit eines Vertrags ist der Konsens.

Nach dem Beweisthema hatte die Frau Probantin nicht nur zu beweisen, daß sich ihre Tochter mit 4000 fl. Vatergut begnügt, sondern auch auf den Vertrag von 1810 rechtsförmlich verzichtet habe. Selbst für den ersten Theil dieses Themas ist die angegebene Einwilligung der Kinder mangelhaft; denn sie ist nur durch die Nothwendigkeit herbeigeführt, da die Vorstellungen der Mutter und des Alois Sp. über das im Jahre 1821 vorhandene Vermö-

gen den Kindern resp. der Ther. A. ihre limitirte Äußerung förmlich abnöthigten und ihr Begnügen mit 4000 fl. verlangten, weil eine größere Summe einmal von der Mutter nicht gegeben werden könnte. Eine solche Einwilligung ist aber kein wahrer, vollkommener und ernstlicher Konsens, wie ihn die Gesetze zur Perfection eines Vertrages erfodern. Wenn auch oben angeführt ist, daß als erwiesen dastehe, daß Ther. A. ihre Einwilligung in die stattgehabte Beredung abgegeben habe, so konnte dieses mit dem gegenwärtig behaupteten Defekte in Hinsicht eines vollen gesetzlichen Konsenses nicht geschehen; denn bei einem Kontrakte fodern die Gesetze strikte Bestimmtheit und Gewißheit, während sie bei Traktaten von jeder dieser Eigenschaft des abgegebenen Konsenses Umgang nehmen, da aus ihnen keine strengen Rechtsverhältnisse abgeleitet werden sollen.

Mithin ist die Beredung von 1821 ex defectu consensus nur als solche anzusehen, deren rechtliche Existenz beim Mangel nachfolgender Ratifizirung als aufgegeben oder aufgehoben erscheint. Es sucht zwar die Beweisführerin die Erhebung dieses Traktates zu einem rechtsförmlich abgeschlossenen Vertrag zu erproben, und benennt den Georg St. als Zeugen hierüber, daß er von seiner Schwester Theres bevollmächtigt worden wäre, bei dem kön. Landgerichte Pf. bei Gelegenheit der Protokollirung des Verkaufes von Sch. für ihr nunmehriges Vatergut von 4000 fl. zu sorgen. Allein dieser Zeuge weiß hierüber nichts anzugeben.

Obschon er sich nach seiner Aussage aller andern Umstände genau erinnert, so kann er sich eines solchen, wie ihn die Beweisführerin vorbringt, doch nicht erinnern.

Ein weiteres Beweismittel zur Erprobung gerichtlicher Feststellung oder sonstigen Erhebung der erwähnten Besprechung ist nicht angeführt, daher der Beweis des zweiten Theiles als ungeliefert erscheint, und das verlangte juramentum supplet. wegen totalen Mangels gesetzlicher Probe zessirt.

Es entsteht nun die Frage: welche Wirkung vermag die oft angezogene Besprechung gegen den Vertrag vom Jahre 1810 zu äußern, und ist diese so gestaltet, daß sie als ein

rechtsförmlicher Verzicht mit der Wirkung der Aufhebung des frühern Vertrags besteht?

Im Jahre 1821 verkaufte Katharina v. K. das Ökonomiegut Sch. an den B. v. K. Bei dieser Gelegenheit brachte sie die oft versuchte Minderung des Vaterguts ihrer Kinder abermal zur Verhandlung, und die Kinder zu einem Nachlaß um die Hälfte zu bewegen, war Aufgabe der Mutter. Durch ihre eigenen Vorstellungen, und unterstützt hierin durch die Beihilfe des Alois Sp., brachte sie es bei ihren Kindern so weit, daß dieselben erklärten, wenn die Sachen so seyen, so könnten sie es nicht anders machen (nämlich als sich mit einem Vatergut von 4000 fl. begnügen); insbesondere äußerte sich Ther. A., wenn sie mit 4000 fl. keinen Mann bekäme, bekomme sie mit mehr auch keinen. Diese Handlung erscheint indessen nur als eine Verabredung; denn so nennt sie auch der Zeuge Sp. in seiner Antwort zum zweiten Fragstück des zweiten Artikels; eben so nennt sie die Frau v. K. selbst an mehreren Stellen und noch in ihrer Deductionsschrift, insbesondere sollte sie auch nichts anderes seyn, da die Beweisführerin selbst artikulirt, daß bei Protokollirung des B. v. K.'schen Kaufes ebenfalls diese Änderung des Vaterguts gerichtlich festgesetzt werden, und mithin erst dadurch ihre Perfection erhalten sollte. Sie konnte aber auch nichts anders seyn; denn Alois Sp. antwortet auf das dritte Fragstück zum zweiten Artikel: bei dieser Unterredung sey von einem Verzichten gar keine Rede gewesen, und zudem mangelt, wie bereits oben ausgeführt, von Seite der Renunziantin Belehrung über ihr Recht und gesetzliche Einwilligung.

Es ist zwar Regel, daß das bayer. Civilrecht schriftliche Aufsätze heut zu Tage nicht mehr fodert, jedoch bestimmt dasselbe gewisse Verträge, bei welchen es die Schrift als essentiele Bedingung ihrer Giltigkeit festsetzt. Dieses sind Heirathsverträge, Erbkontrakte u. dgl. m. Offenbar gehört unter ihre Kathegorie auch der Vertrag über Vaterguts-Auszeigung; denn er steht mit Heirathspakten und Erbverträgen in Verbindung, und erhält aus beiden seine Bestimmung.

Fodert der Kontrakt schriftliche Protokollirung, so ist dieß auch der Fall bei der Renunciation hierauf, so fodert es die Konsequenz.

Wenn ein Kontrakt schriftliche Protokollir. erfodert, so ist sie auch zu d. Verzichte auf einen solchen Kontrakt nothwendig.

Vor wirklicher Ausfertigung der schriftlichen Urkunden sind die Paciszenten an den Kontrakt nicht gebunden, und es werden von beiden Seiten nicht die geringsten Rechte hieraus erlangt.

Den Einwurf, daß die gerichtliche Feststellung des Vatergutes schon aus der Cessions-Urkunde vom 13. Aug. 1821 und der geschehenen Verbriefung des Gutsverkaufes hervorgehe, widerlegt augenblicklich der Inhalt dieser Urkunde. Es ist dieser Punkt nur vorübergehend berührt, und es ist hieraus nicht zu entnehmen, daß das Vatergut der St.'schen Kinder auf 4000 fl. herabgesetzt worden ist, und auch nur in dieser Summe bestehe.

Es ist diese Überweisung ein einseitiges Geschäft. Die Ther. A. hat in diesem Instrument keine Einwilligung abgegeben, daß sie sich mit 4000 fl. begnüge, und auf den Vertrag von 1810 verzichte, und der Mangel ihrer Unterschrift bei diesem inter alios abgeschlossenen Vertrage beweiset ihre Abwesenheit und ihren Dissens, der selbst bei gerichtlicher Fertigung des in concreto vorliegenden Vergleiches niemals suplirt werden kann. Der Rechtssatz, daß ein Instrument nie contra personas in instrumento non nominatas beweise, macht die Cessions-Urkunde und den Kaufbrief in Rücksicht auf die Ther. A. als unwirksam und nicht existent.

Die Lehre von dem Verzichte fodert zwar keinen förmlichen Kontrakt zur rechtlichen Giltigkeit desselben. Es kann der Debitor seiner Verbindlichkeit ohne formele Feierlichkeit entlassen werden, und der Berechtigte seiner Ansprüche entsagen. Dieß gilt jedoch nur so lange, als noch res integra vorhanden ist; denn ist dieß nicht mehr der Fall, so verlangen die Gesetze einen neuen Vertrag, der dem vorigen entgegensteht, und es reicht der mutuus dissenlus nicht mehr hin, den bestehenden Kontrakt zu annulliren.

Welch. Rechtszustand versteht

Res integra nennen die Gesetze jenen Zustand eines Rechtsgeschäftes, in welchem das-

man unter res integra?

selbe zwar durch formelen Abschluß in das Leben getreten ist, aber durch keine faktische Wirkung sein Daseyn bewiesen hat. Dieß gilt zwar nur von Bilateral-Kontrakten, wenn der Kontrakt zwar abgeschlossen aber von keiner Seite eine Leistung erfolgt ist; indessen findet diese gesetzliche Bestimmung in concreto ebenfalls ihre Anwendung. Hier soll nämlich auf die 8000 fl. ausgewiesenes Vatergut verzichtet seyn. Dieses Quantum beruhte aber nicht mehr auf einer Beredung, auf einem simpeln Versprechen, welches unter der vertragenden Mutter und ihren Kindern resp. den Vormündern das alleinig bindende Medium zur Erfüllung war. Es war das Rechtsgeschäft schon weiter gediehen und zu einem feierlichen Vertrage erhoben, der eine unerläßliche Verbindlichkeit erzeugte, mithin einen rechtlichen Zwang zur Vertragserfüllung mit sich führte. Man kann hier demnach nicht mehr annehmen, daß casu subsstrato res integra vorliege; denn diese schließt den Begriff des Zwanges aus, so wie dessen Daseyn den Begriff von re adhuc integra aufhebt. Durch die Protokollirung resp. den rechtsförmlichen Abschluß des Vertrages vom 28. Nov. 1810 ist ein solcher juridischer Zwang für die Fr. v. K. hinsichtlich des jedes Kind treffenden 8000 fl. Vatergutes eingetreten, mithin konnte dieselbe nicht mehr von dem bestimmten Quanto abgehen, und war zur Leistung der vollen Summe juridisch verbunden; es war daher für sie auch nicht mehr res integra vorhanden, woraus sich der Schluß ergiebt, daß zur Perfection eines Verzichtes auf den Vertrag von 1810 ein ähnlich rechtsförmlicher, wie der letztere hätte abgeschlossen werden müssen, hätte er den Umsturz des bestehenden Vertrages bezwecken sollen. In der Besprechung über Herabsetzung des Vaterguts von 1821 kommt kein Wort von einem Verzichte auf obigen Vertrag vor, es konnte auch nicht vorkommen, weil es an der Basis fehlte, worauf ihn Recht und Billigkeit hätten bauen sollen.

Es wäre um so mehr ein vollkommen rechtskräftiger Vertrag über diesen Verzicht nöthig gewesen, da eben diese Herabsetzung des Vaterguts der St.'schen Kinder auf 4000 fl. durch

den Sieg der dagegen erhobenen Nullitätsklage als ungesetzlich und unrechtlich von den Gerichten verworfen worden ist.

Aus allen diesem geht hervor, daß die im Jahre 1821 gepflogene Beredung aus Mangel an bestimmten Konsens und eines rechtsgenüglichen und rechtsförmlichen Abschlusses immer nur als eine Beredung dasteht, die vergebens den Sieg über den solennen Vertrag vom 28. Nov. 1810 zu erringen versucht.

Auf diese Weise hat die Frau von K. mit ihrer Probe des rechtsförmlichen Verzichts von Seite ihrer Tochter Ther. A. auf den angeführten Vertrag nicht durchgedrungen, daher der ganze von ihr geführte Beweis und die Erwahrung des faktischen Theiles ohne jene über seinen juridischen Bestand und Gehalt sie zum intentirten Ziele nicht führt.

Es bleibt daher zu Beurtheilung des Vaterguts der Ther. A. nur allein der Vertrag von 1810 der Anhaltspunkt, da sein Umsturz nur versucht, nicht aber erreicht worden ist.

Da kein Streitsmuthwille vorliegt, so rechtfertiget sich die Kostenkompensation.

Ain 1. Sept. 1829.

Erkenntniß II^dae.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appellationsgericht für den *** Kreis in der Streitsache der Theresia A., Schuhmacherin von Sch. gegen Katharina v. K., nunmehr deren Erben Georg St., Gutsbesitzer von L., wegen Vaterguts zu Recht, daß das Erkenntniß des k. Kreis- und Stadtgerichts St. vom 1. Sept. 1829 in Haupt- und Nebensache zu bestättigen sey, und die Kosten dieser Instanz zu vergleichen seyen.

Gründe.

Nach dem Erkenntnisse des k. Appellationsgerichts vom 16. März 1827 und des k. Oberappellationsgerichts vom 6.

Nov. 1827 hatte Kath. v. K. zu beweisen, daß Ther. A. sich mit 4000 fl. Vatergut begnügt, und auf die frühere in dem Vertrage vom 28. Nov. 1810 ausgesprochene höhere Summe des Vaterguts zu 8000 fl. rechtsförmlich Verzicht geleistet habe.

2. Dieses Thema enhält klar zwei zu erweisende Momente, nämlich den Verzicht auf die früher bedungenen 8000 fl., und die Zufriedenheitserklärung mit 4000 fl. an der Stelle derselben; diese beiden Beweisglieder sind nicht etwa identisch, und der 2te Absatz, der sich auf den Verzicht bezieht, ist keineswegs ein leerer oder überflüssiger Zusatz, vielmehr mußten beide Momente copulativ zum Beweise aufgetragen werden wie geschehen ist; denn

a) den Beweis bloß darüber aufzulegen, daß Ther. A. auf das früher bedungene Vatergut zu 8000 fl. verzichtet habe, wäre ungenügend gewesen, weil durch diesen Beweis wohl hergestellt würde, daß Ther. A. nicht mehr 8000 fl. ansprechen könne, aber nicht zu entnehmen wäre, wieviel sie sofort zu fodern hätte, während Kath. v. K. selbst nicht behauptet hat, daß ihre Tochter auf die ganze Summe von 8000 fl. jemals verzichtete;

b) auch den Beweis blos darüber aufzulegen, daß Ther. A. sich mit 4000 fl. Vatergut begnügt habe, wäre ungenügend gewesen, weil in diesem Falle der Richter das Subsequens ohne das nothwendige Antecedens zum Beweise ausgesetzt hätte; der Beweis über die Zufriedenstellung mit 4000 fl. war und ist bedingt durch den Verzicht auf die früher stipulirten 8000 fl., und ohne den Beweis des letztern wäre der Beweis der Zufriedenstellung mit 4000 fl. nicht denkbar gewesen.

3. Wenn nun klar ist, daß die beiden Sätze des rechtskräftigen Beweisthemas als einander nothwendig ergänzend erkannt werden müssen, so ergibt sich als nothwendige Folge, daß der Beweis des einen oder andern Satzes allein unzureichend und irrelevant sey, und es kommt nur mehr darauf an, nachzuweisen, daß der Beweisantritt der Wittwe v. K. und damit auch der von ihr gelieferte Beweis wirklich diesen Mangel habe.

4. Ihre zwei ersten und allein scheinbar relevtrenden Beweissätze enthalten bloß, daß sie zur Zeit, als der Verkauf des Gutes Sch. richtig werden sollte, ihren drei jüngern Kindern den Stand des Vermögens eröffnet und gesagt habe, dasselbe reiche nicht weiter, als daß jedes Kind 4000 fl. Vatergut erhalte; sie enthalten weiter, daß in Folge dieser Eröffnungen und der Vorstellung des Al. Sp. Ther. A. erklärt habe, sie begnüge sich mit 4000 fl., wenn sie mit 4000 fl. keinen Mann bekomme, so bekomme sie mit mehr auch keinen.

Diese Beweissätze enthalten kein Wort davon, daß Th. A. auf das ihr durch Vertrag vom 28. Nov. 1810 festgesetzte Vatergut verzichtet habe; sie erwähnen nicht einmal dieses Vertrages oder der früher ausgewiesenen 8000 fl., und der Zeuge Sp. ließ ad interrog. 2 ausdrücklich herkommen, daß von einem Verzichte gar keine Rede gewesen sey.

Wie hätte auch von einem Verzichte die Rede seyn können, da nach allem, was in den Akten vorkommt, gar nicht wahrscheinlich ist, daß Ther. A. dortmals schon von dem Vaterguts-Vertrage vom 28. Nov. 1810 und dem ihr damals ausgemachten Vatergute zu 8000 fl. bestimmte Wissenschaft hatte. Sie war zu den Verträgen vom 4. Jän. 1816 und 26. März 1818 nicht beigezogen worden, nach angetretener Volljährigkeit hatte man ihr, wie sie schon in ihrer Klage vorbrachte und von der Beklagten excipiendo weder speziel noch allgemein widersprochen wurde, keine Rechenschaft über ihr Vermögen gestellt, resp. sie über den Betrag und die Verhältnisse desselben in offiziele Kenntniß gesetzt, noch endlich geben die Weisungssätze der Kath. v. K. zu entnehmen, daß man sie zur Zeit der fraglichen Unterhandlung über den Vertrag vom 28. Nov. 1810 und über das ihr rechtlich gebührende Vatergut von 8000 fl. in Kenntniß gesetzt habe, indem von allem diesem damals keine Rede war; wie hätte also Th. A. damals auf ein Recht verzichten können, von dem sie wahrscheinlich keine Wissenschaft gehabt hat?

5. Fragliche Beweissätze umfassen also unverkennbar bloß einen Theil des Beweisthemas, die Zufriedenstellung mit

4000 fl., und lassen im Zusammenhange mit der eidlichen Aussage des Al. Sp. entnehmen, daß bei dem in Frage stehenden Vorgange nicht sowohl ein Verzicht der jüngern drei Kinder auf das einem jeden bereits gebührende Vatergut, als vielmehr ein neuer Vaterguts-Vertrag, gebaut auf den jüngsten Vermögensstand der Kath. v. K., Gegenstand der Verhandlung war; sie sagte selbst Art. 1. daß nach den Kräften des Vermögens jedes Kind nur 4000 fl. Vatergut erhalten könne, oder nach den Aussagen des Al. Sp., daß jedes Kind nur 4000 fl. Vatergut treffen, daß sie jedem nur 4000 fl. Vatergut ausweisen könne. Sp. nennt den ganzen Vorgang eine „Unterredung“ in welcher angetragen wurde die frühern Vaterguts-Auszeige zu annulliren, was auch sogleich geschehen wäre, hätte nicht plötzlich der Tod den Stiefvater v. K. von dieser Welt abgefodert.

Aus diesen Aussagen im Verbande mit den Beweissätzen selbst ergibt sich sofort, wenn nicht mit Gewißheit, doch mit hoher Wahrscheinlichkeit, daß damals von bloßen Tractaten über eine neue Vaterguts-Auszeige die Rede war, und dieß um so mehr, als die damals besprochene Reduction der Vatergüter nicht bloß die Theresia, sondern auch die nach den actenmäßigen Vorlagen damals noch minderjährigen Kinder Georg und Franziska betraf, welche letztere bei dem fraglichen Vorgange gar nicht vertreten waren, indem nach den Aussagen des Al. Sp. Mich. v. H. als Beiständer der Kath. v. K. zugegen war, er Sp. aber nur um seine eigene bedeutende Foderungsangelegenheit mit der Kath. v. K zu ordnen, nach Sch. gekommen war, nicht als Vormund der Kinder, die er auffallend genug schon großjährig wähnte, sondern mehr im Interesse der Mutter sprach und handelte. Da hinsichtlich der Minderjährigen jedenfalls die Einsicht und Genehmigung der Vormundschaftsbehörde zur Perfection des Geschäftes nothwendig gewesen wäre, so bewährt auch dieser Umstand, daß damals von bloßen Traktaten die Rede war, welche auch für die Th. A. keine Verbindlichkeit zur Folge hatten.

6. Hat nun Kath. v. K. nicht nur den ihr aufgetragenen Beweis nicht vollständig angetreten, sondern selbst den wirklich angetretenen nur auf diese Traktaten beschränkt, so ergibt sich die Irrelevanz der ganzen Beweisführung und ihre Sachfälligkeit als rechtliche Folge.

7. Wollte man selbst annehmen, daß ihre Beweissätze das vorgesetzte Thema erschöpfen, oder daß in der Äußerung der Th. A., sie begnüge sich mit 4000 fl. Vatergut, wenn sie ꝛc. — ein indirekter Verzicht auf das frühere Vatergut von 8000 fl. zu erkennen sey, so wäre weiter zu erwägen, daß sie diese Äußerung ihrer Tochter gar nicht erwiesen habe. Zwar bestättigten Herrmann und Georg St. beide Weisungssätze unbedingt und ohne Zusatz; allein beide sind theils wegen künftiger Muttergutsansprüche, theils weil sie zur Probantin näher als zur Articulatin verwandt sind, exceptionsmäßig, und ihre Aussagen könnten höchstens eine halbe Probe liefern. Dagegen deponirte der einzige exceptionsfreie Zeuge Al. Sp., daß Ther. A. gleich den übrigen Kindern ihre Zufriedenheitserklärung mit 4000 fl. Vatergut mit dem Zusatze verbunden habe, wenn die Dinge so sind, wenn es sich nicht anders leidet. Nach dieser die Aussagen des Herrmann und Georg St. überwiegenden Aussage hat also Ther. A. sich nur bedingt für die Annahme von 4000 fl. erklärt, und letztere erst von dem Nachweise abhängig gemacht, daß die Vermögensverhältnisse kein höheres Vatergut gestatten; daß letzteres der Fall gewesen sey, mußte erst erwiesen werden; zu diesem Beweise könnte aber Kath. v. K. nicht mehr gelassen werden, weil sie excipiendo einen unbedingten Verzicht behauptet hat, also mit der wesentlich verschiedenen Einrede eines bedingten Verzichtes präcludirt erscheint. Bei der nicht zu mißkennenden Verwicklung des Rechtsverhältnisses aber und da die Beklagte doch einigen Beweisbehelf für sich hat, sohin als muthwillige Streiterin nicht erscheint, ist an der in erster Instanz ausgesprochenen Vergleichung der sämmtlichen Prozeßkosten recht geschehen, und waren aus gleichem Grunde die Berufungskosten zu compensiren.

Am 20. Dez. 1829.

Portio canonica.

(Vgl. Bd. IV. S. 318—324.)

Im Namen ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Erkennt das königl. Appellationsgericht des ***Kreises in der Streitsache des bischöflichen Ordinariats X. gegen die Erben des geistlichen Raths und freiresignirten Pfarrers Z. in T. wegen der portio canonica aus der Verlassenschaft desselben zu Recht, und bestättiget das Erkenntniß des k. Kreisgerichts V. vom 27. Febr., publ. 18. März d. Js., in der Hauptsache und im Kostenpunkte

ꝛc. ꝛc.

Gründe.

Das bischöfliche Ordinariat X. gründet seine Klage gegen die Erben des am 14. April 1830 zu T. gestorbenen Pfarrers Z. um Herausbezahlung einer portio canonica nach 5 0/0 der reinen Verlassenschaft in einem Betrage von 1182 fl. 28 kr. —

1. auf einen Rezeß vom 8. April 1690 unter dem Rubro: Rezeß mit X. de ao. 1690,
2. auf das Landrecht Th. III. cap. 12. § 6. in not. lit. k—n.
3. auf ein allerhöchstes Rescript vom 24. Aug. 1824, und
4. auf die bisherige Observanz, endlich
5. was das Quantum der Foderung betrifft, auf das eigene Geständniß des bevollmächtigten Anwaltes der Beklagten.

Außerdem wurde sich in der Appellationsbeschwerde auch noch auf das Konkordat zwischen Se. Majestät dem Könige von Bayern und dem Pabste vom Jahre 1817, dann auf eine nachträgliche Übereinkunft mit dem päbstlichen Stuhle vom 21. Febr. 1821 berufen.

Gegen diese Klage und ihre Begründung haben die Erben eingewendet:

a) daß der Markt T. zur Zeit der Errichtung des Rezesses von 1690 zur Diözes X. nicht gehört habe.

b) daß das Vermögen des Pfarres Z. nur aus bonis patrimonalibus resp. parsimonialibus bestanden habe, und daß ein Zugeständniß über den Betrag der Verlassenschaft widersprochen worden sey,

c) daß das Successionsrecht der Bischöfe in die geistlichen Verlassenschaften durch den Reichsdeputationsschluß vom Jahre 1803, so wie durch spätere Gesetze und Verordnungen, z. B. jene vom 9. März 1807 aufgehoben und hiedurch auch dem Rezeß vom Jahre 1690 alle Wirkung benommen worden sey.

In der Duplik wurden noch zwei Verordnungen von den Jahren 1817 und 1818, mit welcher eine dritte vom Jahre 1810 in Verbindung steht, namentlich angeführt.

Hienach kömmt es vörderſamst auf die Erörterung der Hauptfrage an; ob das bischöfliche Ordinariat oder der Ordinarius in X. auch gegenwärtig noch befugt sey, aus dem Rücklasse der Geistlichkeit seiner Diözes unter dem Titel einer portio canonica fünf vom Hundert des reinen Vermögens, resp. den 20. Theil desselben zu verlangen oder nicht?

Nur wenn diese Frage bejaht werden könnte, müßte auch über die weitern Streitfragen entschieden werden, ob der Markt T. zur Zeit des Rezeßabschlußes zur Diözes X. gehört habe, oder ob es jedenfalls genüge, wie Kläger behauptet, daß T. zu der Zeit der Diözes X. einverleibt war, als Z. daselbst Pfarrer gewesen ist.

Ferner, wie viel Pfarrer Z. daselbst Vermögen zurückgelassen und ob dasselbe aus Patrimonial- und Parsimonial- oder nur aus Benificial-Vermögen bestanden habe.

Der Rezeß vom 8. April 1690 ist, wie der Eingang desselben zu erkennen gibt, eine Übereinkunft zwischen dem damaligen Churfürsten von Baycrn und dem Hochstift und Fürstenthum X., wodurch mehrjährige Kontroversen und Irrungen in ecclesiasticis gütlich beigelegt wurden.

Diese Übereinkunft dehnt sich über verschiedene Gegenstände, insbesonder über die Behandlung geistlicher Verlassenschaften aus, und sub Nro. 21. heißt es:

„von der geistlichen Verlassenschaft kann der Hr. Ordi-
„narius nach Abzug des aeris alieni, und was sonst
„von der Massa vor allem abzurichten ist, ein Mo-
„derates als Prozent nehmen, doch daß man die pa-
„trimonalia bona, wenn sie von der Importanz sind,
„von der übrigen Verlassenschaft separire und von
„solcher einige Detraction nicht thue."

In den Anmerkungen zum Landrecht Th. III. c. 12. § 6. in not. lit. N. wird dieses Rezesses in der Art erwähnt,

„daß man sich X. per recessum de ao. 1690 fast in iis-
„dem terminis (wie mit Augsburg) verstanden habe
„außer, daß statt des sechsten Theils nur 5 0/0 ac-
„codirt worden seyen."

Übrigens erhellt aus diesen Anmerkungen und den hierin allegirten ältern Gesetzen und Concordaten, daß unter der Benennung portio canonica nichts anderes als eine successio in bona clericorum singularis verstanden werde.

Endlich wird hierin bemerkt, daß in der Freysinger Diözes, dann in der Erzstift Salzburg und bischöflich Chiemsee'schen Diözes nichts angenommen werde.

Auch die geistliche Rathsordnung de ao. 1779 macht dieses Rezesses Nr. 17. also Erwähnung:

„die Geistlichen seyen nicht allein in Ansehen ihrer Per-
„sonen, sondern auch ihrer Güter und Habschaften zu
„betrachten, da dieselben eben so gut, wie die Laien
„Unterthanen des Staates seyen, folglich ihnen wie
„andern jura societatis civilis zu statten kommen müs-
„sen, auch sonst die Separation, was sie titulo bene-
„ficii vel patrimonii erworben haben, niemals wohl
„möglich sey, so stehe ihnen gar kein Gesetz entgegen,
„unter Lebendigen und von Todeswegen frei und un-
„beschränkt handeln zu dürfen. Für dermal möge es
„noch bei jenem Bewenden, was Augsburg laut Re-
„zeß, Regensburg laut interimistischer Concession und
„Passau laut Rezeß einstweilen sub titulo portionis
„canonicae von geistlichen Verlassenschaften per ex-
„ceptionem a regula sich zuzueignen pflegen."

Diese geistliche Rathsordnung gibt deutlich zu erkennen, daß das angeführte bischöfliche Successionsrecht schon damals im Jahre 1779 mit dem Staatsbürgerrechte der Geistlichen, und mit der Gleichheit der Rechte aller Unterthanen nicht vereinbar war, daß es aber gleichwohl bei den dießfallsigen Concessionen an die Bischöfe von Augsburg, Regensburg und Passau einstweilen noch sein Bewenden behielt.

Durch den Reichsdeputationsschluß vom 25. Febr. 1803 ist für das Hochstift und Fürstenthum X. und so fort auch für den souverainen Fürstbischof daselbst ein neuer Rechtszustand eingetreten.

Das Fürstenthum X. ist nach § 2. des erwähnten Reichsdeputationsschlußes dem Churfürsten von Pfalz Bayern als eine Entschädigung zugetheilt worden, und hiemit sind nach §34 u. 35 nnd 61. alle Regalien, bischöflichen Domainen, domkapitlische Besitzungen und Einkünfte an den neuen Landesherrn übergegangen. Wenn auch hierunter das den Bischöfen früher bewilligte Successions-Recht in den Rücklaß der Geistlichkeit, also die in Frage stehende portio canonica als ein Ausfluß des fisci episcopalis und nicht landesherrlichen Fiskus noch nicht begriffen war, sondern nur jene Regalien, Domainenbesitzungen und Einkünfte gemeint sind, welche die Säkularisation und der Verlust der Landeshoheit von Seite des Fürstbischofs zur nothwendigen Folge hatten, so stand doch nunmehr dem neuen Landesherrn in dem ganzen Umfange der Diözes X. das Recht der Gesetzgebung und Oberaufsicht zu.

Was demnach früher in weltlichen Dingen oder in Gegenständen, die zwar geistlich sind, aber die Religion nicht wesentlich betrafen, nur durch gütliche Übereinkunft, durch Rezesse mit den Reichs unmittelbaren Fürstbischöfen bewirkt werden konnte, darüber konnte nunmehr der neue Landesherr im Wege der Gesetzgebung befehlen, was insbesondere durch die Verordnung vom 7. Mai 1804 Reggsblatt S. 509 sehr energisch ausgesprochen worden ist.

Gemäß dieser Verordnung sollten auch die Seelsorger als Volkszieher in Religion und Sittlichkeit nicht als bloße

Kirchendiener angesehen, sondern zugleich als Staatsbeamte betrachtet werden.

Insbesondere aber hätte der Rezeß mit X. vom Jahre 1690 durch die dem Reichsdeputationsschluße bald nachgefolgten churfürstlichen Verordnungen namentlich durch jene über die Verhandlung geistlicher Verlassenschaften vom 18. Nov. 1803, ferner jene vom 17. Nov. 1803 über die Eigenthums- und Erbsfähigkeit der Religiosen Reggsblatt S. 956 u. 998, vorzüglich aber durch die im Jahre 1807 creirte Stiftungs-Administration fast in allen Punkten seine Wirksamkeit verloren, und sowohl diese als andere landesherrlichen Verordnungen geben zu erkennen, daß man sich nach der Säkularisation des Hochstifts X. an den erwähnten Rezeß gar nicht mehr gehalten hat.

Was aber insbesondere das dem Ordinarius in X. unter der Benennung einer portio canonica bewilligte Successionsrecht in bona clericorum betrifft, so ist diese landesherrliche Concession durch die Verordnung vom 9. März 1807 ganz bestimmt aufgehoben, und nicht bloß die Geistlichkeit des vormaligen Fürstenthums Bamberg, sondern die Geistlichkeit im ganzen Königreiche ist von dem fiskalischen Successionsrechte der Bischöfe, nämlich von dem Fisco episcopali völlig befreit worden.

Diese Verordnung spricht zwar in rubro nur von der Erbfolge in den Verlassenschaften der bamberg'schen Geistlichkeit; aber schon der Eingang dieser Verordnung gibt klar zu erkennen, daß es sich um eine allgemeine Gleichstellung aller geistlichen Individuen hinsichtlich der Eigenthumsfähigkeit und der Vererbungsfreiheit handelt, und daß auch der Clerus des Fürstenthums Bamberg von den in dieser Hinsicht bestandenen Beschränkungen befreit werden sollte.

Es wird hierin allen Weltgeistlichen ohne Unterschied und den Exconventualen der aufgelösten Klöster das Eigenthum und Dispositionsrecht über das Patrimonialvermögen sowohl, als auch über das Beneficialvermögen unbeschränkt zugestanden.

Nach Nro. 5. sollte das mit dem reinen Hirtenamte unverträgliche fiskalische Successionsrecht der Bischöfe in den Verlassenschaften der ohne Testament verstorbenen Geistlichen nach den Bestimmungen des Reichsdeputationsschlußes cessiren, und die Erbfolge der Anverwandten nach den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen eintreten.

Insbesondere aber succedirt nach Nro. 7., wenn keine rechtmäßigen Erben mehr vorhanden sind, der landesherrliche Fiskus in der nämlichen Art, wie bei weltlichen erblosen Rückläßen.

Die sub Nro. 3. enthaltene Restriction findet hier keine Anwendung, da dort von besondern Ordensstatuten, von Bedingungen in den Stiftungsurkunden und von Privatverträgen die Rede ist, während es sich hier bloß um eine landesherrliche Concession handelt, die theils dnrch die Säkularisation des Hochstiftes X., und den Reichsdeputationsschluß vom Jahre 1803, theils durch die nachgefolgten Verordnungen und namentlich durch die eben angeführte Verordnung vom Jahre 1807 ihre Wirksamkeit verloren hat.

Mit diesen Grundsätzen des freien Eigenthums, dessen sich der Clerus in dem ganzen Königreiche Bayern ohne Unterschied zu erfreuen hat, stehen auch zwei spätere Verordnungen vom 8. Septbr. 1817 und 16. März 1818 ganz im Einklange, indem die Geistlichen auch von dem Successionsrechte der Kirchen und der Armen, welches in einigen österreichischen Gebietstheilen und in dem vormaligen Fürstenthume Aschaffenburg noch bestanden hatte, vollkommen befreit worden sind. Auch durch eine Verordnung vom 1. Febr. 1811 ist die quota funeralis, welche die Fürstbischöfe von Würzburg und Bamberg auf die Verlassenschaften der Geistlichen ausgeübt haben, gänzlich aufgehoben, und es ist zugleich ausgesprochen worden, daß von geistlichen Verlassenschaften nur jene Abgaben zu entrichten seyen, welche durch die allgemeine provisorische Taxordnung bestimmt sind.

Könnte aber darüber, ob dem Ordinariate zu X. auch jetzt noch eine portio canonica als eine successio singularis in bona clericorum zustehe, irgend ein Zweifel erhoben werden,

so gibt doch das Concordat vom 5. Jänner 1817 unwidersprechlich zu erkennen, daß von einer solchen Succession keine Rede mehr seyn könne.

Durch diesen Vertrag zwischen Sr. Majestät dem Könige von Bayern und dem päbstlichen Stuhle sind die erzbischöflichen Diözesen in Bayern neugebildet worden; der Staat hat ihnen eine auf Güter und ständige Fonds gegründete Ausstattung verheißen, und hat überhaupt für alle Bedürfnisse die Sorge übernommen, welche die Diözesen-Verwaltung in ihrem ganzen Umfange erfodert.

Es gibt nach dem Concordate in Beziehung auf das Einkommen der Bischöfe nur mehr denjenigen Unterschied, welchen das Concordat enthält; in der Art des Einkommens aber sind alle Diözesen gleichgestellt, folglich kann auch für die Diözese X. keine Ausnahme mehr bestehen.

Von einem gleichzeitigen Successionsrechte der Bischöfe in das Vermögen der Diözesan-Geistlichkeit ist aber in dem Concordate keine Rede, und es kann also auch in keiner Diözese ein solcher Anspruch geltend gemacht werden.

Wenn auch das bischöfliche Ordinariat X. gegen die angeführten Verordnungen und gegen den Reichsdeputationsschluß vom Jahre 1803 in der neuern Zeit Versuche gemacht hat, die portio canonica noch geltend zu machen, so konnten doch dadurch gegen die Gesetze des Staats und gegen den in den Verordnungen von den Jahren 1807 und 1811 ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers ein neues Gewohnheitsrecht als bindende Norm nicht mehr begründet werden.

Cod. jud. Th. I. c. 2. § 15.

Das der Klage in Abschrift beigelegte allerhöchste Rescript ddo. Tegernsee den 24. Aug. 1824 scheint wohl das klagende Ordinariat noch in dem Genuße der portio canonica belassen zu wollen; da aber nach Titel 7. § 2. der Verfassungsurkunde ohne Beirath und die Zustimmung der Stände des Königreichs keineswegs ein neues Gesetz, welches die Freiheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert, oder aufgehoben werden kann, so

darf dieses ohne die Zustimmung der Stände erlassene Rescript als rechtsverbindlich von dem Gerichte nicht anerkannt werden.

Diese angebliche Übereinkunft zwischen Sr. Majestät dem Könige und dem Pabste vom 2. Febr. 1821, welche von dem Ordinariate zur Einsicht abverlangt worden ist, enthält bloß eine nachträgliche Instruktion für die päbstlichen Kommissarien bei Ausmittlung der Dotationen und bezüglich der Taxen heißt es Seite 7. Nro. III., daß die freiwilligen Gaben der Gläubigen dann die Sporteln der bischöflichen Kanzeleien als ungewiße Einkünfte in die Donationen nicht eingerechnet werden sollen.

Diese so betitelte Übereinkunft, die weder öffentlich bekannt ist, noch auch auf eine Gesetzeskraft Anspruch machen könnte, ist für die vorliegende Streitfrage völlig irrelevant, indem hierin von einer portio canonica oder von einem Erbrechte der Geistlichen durchaus keine Rede ist, und im Hinblicke auf die Verfassungsurkunde von einer solchen Concession auf fremdes Eigenthum auch nicht mehr die Rede seyn könnte.

Da aus allen diesen Gründen eine portio canonica, wie sie eingeklagt wurde, nicht mehr gefodert werden kann, so ist es gleichgiltig, ob der Markt T. zur Zeit des X.-Rezesses zur Diöcese X. gehört habe oder nicht, und eben so wenig bedarf es einer weitern Erörterung, wie viel Vermögen Pfarrer Z. zurückgelassen habe, dann ob es Patrimonial- oder Benefizial-Vermögen gewesen sey, sondern die beklagten Erben waren von der gesetzlich unbegründeten Klage zu entbinden, und es mußte sofort der dießfallsige erstrichterliche Ausspruch lediglich bestättigt werden.

S. den 24. Dez. 1838.

Über
Einklagung zweijähriger Zins-Rückstände
nach § 52 des Hypothek-Gesetzes,
und über die
Erfordernisse zur Begründung des Executiv-Prozesses.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appell.-Ger. für den Isar-Kreis in der bei dem kön. Kreis- und St.-Ger. München anhängigen Streitsache des L. K., Wechselgerichts-Assessors und Handelsmann zu München, gegen A. W., Bierbrauer daselbst, wegen Hypothekenfoderung zu Recht

I. es seyen

a) hinsichtlich der Klage um 90 fl. Hypothekkapitalszinsen A. W. mit seinen Berufungen dd. 18. Apr. und 6. Juni v. J. gegen die erstrichterlichen Beschlüsse vom 10. und 20. April und 12. Mai vor. Jahres.

b) Hinsichtlich der Klage um 12000 fl. Kapitalsfristen L. K. mit seiner Berufung de praes. 1. Mai v. J. gegen den erstrichterlichen Beschluß vom 21. April v. Js. abzuweisen;

Compens. expens.

Gründe.

Ad I. a.

Der Wechselgerichtsassessor und Handelsmann L. K. zu München hat am 18. Jän. v. Js. gegen den Bierbräuer A. W. daselbst 90 fl. Rest der von einem auf dem Anwesen des Beklagten hypothekarisch versicherten Kapitale zu 18000 fl. bis zum 22. Okt. 1834 verfallenen Zinsen nach § 52 des Hyp.-Ges. und zwar unter Verbindung der persönlichen und hypothekarischen Klage eingeklagt, und der Hypothekenbuchs-Auszug, welchen er der Klage beigelegt hatte, bezeichnet den Kauf-

mann S. als die im Hypothekenbuche eingetragenen Gläubiger zu dem Kapitale, weßhalb der Beklagte mit Recht die Legitimation des K. zur Sache beanständete. Kläger versuchte hierauf der ihm gemachten Einwendung damit zu begegnen, daß er am 15. Apr. v. Js. eine von dem k. Kreis- und Stadtgerichte M. errichtete Urkunde dd. 30. März v. J. überreichte, inhaltlich welcher ihm der k. Adv. Dr. S., von S. authorisirt, das Kapital pr. 18000 fl. mit allen Rechten und ohne Novation cedirte.

Das Gericht erster Instanz erkannte durch Beschluß vom 10. Apr. die Legitimation durch die Cessions-Urkunde für hergestellt, und erließ an den Beklagten den, dem § 52 des Hypoth.-Gesetzes entsprechenden Zahlungsauftrag; der Beklagte ergriff aber dagegen die Berufung, indem Kläger, welchem die vor dem Tage der Cession verfallenen Zinsen nicht cedirt worden seyen, zur Klage noch immer nicht legitimirt erscheine, und bat um Aufhebung des Zahlungsauftrages und Abweisung der Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

In einer Vorstellung vom 18. Apr. v. Js. hat der Beklagte ferner den Antrag gestellt, den Kläger anzuhalten, ihm die Vollmacht des k. Adv. Dr. Sp. zur Cession vom 30. März v. Js. zu dem Zwecke herauszugeben, damit er dieselbe prüfe, und sich die Überzeugung verschaffe, ob er dem Kläger gültig Zahlung leisten könne.

Das Gericht erster Instanz verwarf diesen Antrag durch Beschluß vom 28. April v. Js.; Beklagter überreichte aber auch hiegegen am 6. Apr. v. Js. die Appellation und bat, dem Kläger die Vorlage der erwähnten Vollmacht aufzutragen, und so lange dieses nicht geschehen ist, die Klage nicht zu hören.

Endlich hat der Beklagte, weil auf kläger'sches Anrufen die Auspfändung verfügt worden war, mittelst Vorstellung dd. 5. Mai die Gesetzmäßigkeit der Mobiliar-Auspfändung bestritten, weil er die Hypothekschuld nicht selbst contrahirt, also persönlich dafür nicht zu haften habe, und zugleich nahm er auf den Fall, daß seine beiden bereits erwähnten Appella-

tionen gegen ihn entschieden würden, seine Zuflucht zur datio in solutum nach § 56 des Hypoth.-Gesetzes.

Das Gericht erster Instanz wies durch Beschluß vom 12. Mai v. Js. die auf den vorstehenden Vortrag des Beklagten erbetene Sistirung der Mobiliarauspfändung zurück, und der Beklagte appellirte auch hiegegen am 6. Juni, und bat, zu erkennen, daß der Mobiliar-Exekution nicht statt zu geben, dem Kläger aber vorbehalten sey, allenfallsige persönliche Ansprüche im ordentlichen Prozesse zu verfolgen.

Was nun die erste dieser Berufungen betrifft, so wurden nach der Cessions-Urkunde vom 30. März v. Js. die eingeklagten Zinsen, welche bereits am 22. Okt. 1834 verfallen, keineswegs ausdrücklich cedirt.

Es fragt sich aber hier um eine Hypothekfoderung, und es ist sofort nur aus dem Hypothekengesetze zu entscheiden, ob Kläger zur Beitreibung der befraglichen Zinsen legitimirt sey, oder nicht. Die Cessions-Urkunde bestättiget, daß die Eintragung der Cession im Hypothekenbuche geschehen ist.

Nach dem § 157 des Hyp.-Ges. und Kommentar dazu Bd. II. S. 280 Nro. 4. ist dem Schuldner eben so wenig, als nach den frühern Gesetzen ein Widerspruchsrecht gegen die Cession eingeräumt, und die Eintragung der Cession in das Hypothekenbuch erfolgt, ohne daß er darüber gehört werden muß, es wird ihm lediglich die geschehene Eintragung notifizirt.

Vom Augenblicke der vollzogenen Eintragung der Cession darf der Schuldner an Niemanden andern eine Zahlung leisten, als an den Cessionar, § 157 des Hyp.-Ges.

Hätte das Hypothekenamt die Vernachrichtung des Eintrages einer Cession außer Acht gelassen, so könnte der Schuldner dennoch nur an den eingetragenen Cessionar mit Giltigkeit bezahlen, weil sich Niemand mit der Unwissenheit dessen, was im Hypothekenbuche eingetragen ist, entschuldigen kann. § 24 und § 157 des Hyp.-Ges.

Der beklagte A. W. darf daher nur mehr an den eingetragenen Cessionar K. K. zahlen.

Erlegt er an diesen Hauptsache und Zinsen, so ist er von Schuld und Hypothek liberirt, und der Cedent vermöchte auf

keinen Fall ein Foderungsrecht durch das Vorgeben zu begründen, daß an einen nicht Legitimirten bezahlt worden sey.

Die Hypothek haftet, wenn sie in den Händen eines Dritten sich befindet, für die Hauptsache und für die Zinsen eines laufenden und nächst vorhergehenden Jahres, und besitzt sie der ursprüngliche Schuldner, so haftet sie auch für alle früher verfallenen Zinsen. § 42, 43 des Hypothekengesetzes.

Hat der Gläubiger die Zinsen der zwei letzten Jahre nach § 52 eingeklagt, so kann das Hypothekrecht gegen den dritten Besitzer nicht erlöschen, wenn, wie hier die eingeklagten Zinsen nicht die ganze Dauer des Streites hindurch, als die der letzten zwei Jahre erscheinen.

Ist das der Fall, so gilt in Ansehung der Person, an welche im Falle einer Cession mit Giltigkeit Zahlung geleistet werden kann, wiederum nur die Vorschrift des § 157 des Hyp.-Ges., und es ist sonach auch niemand Anderer als der dermalige Kläger berechtiget, die Zahlung der eingeklagten Zinsen in Empfang zu nehmen, derselbe daher durch die in der Cessionsurkunde aufgenommene Bestättigung der wirklich geschehenen Eintragung der Cession in das Hypothekenbuch vollständig legitimirt.

Dieser Legitimation geschähe nur dann ein Abbruch, wenn sich S. die befraglichen 90 fl. bei der Cession vorbehalten hätte, und dieß ausdrücklich im Hypothekenbuche eingetragen worden wäre, was aber nicht behauptet, vielmehr durch die Bestättigung der Eintragung der unbeschränkten Cession widerlegt ist.

Zahlt demnach der Beklagte die gefoderten 90 fl. Zinsenrückstand an den Cessionar und Kläger L. K., so ist er nach § 157 des Hypothekengesetzes von jedem weitern Anspruch von Seite des Cedenten und Cessionar hinsichtlich der erwähnten Zinsen befreit, und sohin Kläger durch das Hypothekenbuch resp. durch die bestättigte Eintragung der Cession, welche zu der im Falle der Klage nach § 52 des Hypothekengesetzes erfoderlichen Probe genügt, zur Klage entsprechend legitimirt.

Es ist somit die Berufung des Beklagten dd. 18. April v. Js. lediglich zur Abweisung geeignet.

Die zweite Berufung des Beklagten ist ebenso unbegründet.

Es wird verlangt, den Kläger anzuhalten, daß er die Vollmachtsurkunde des kön. Adv. Dr. Sp. zur Cession Namens des S. vorlege, um sie zu prüfen, und die Überzeugung sich zu verschaffen, daß der Beklagte an einen zum Empfang der Zahlung gehörig Legitimirten die Zahlung leiste. Da aber, wie erwähnt, die vollständige Legitimation des Cessionar sohin hier des Klägers in der bescheinigten Eintragung der Cession im Hypothekenbuche beruht, so findet eine Vorlage der Vollmacht des Vertreters des Cedenten an den debitor cessus, welchem ohnehin keine Einsprache gegen die Cession zukommt, nicht statt.

Eben so unbegründet ist die dritte Appellation des Beklagten dahin, daß die Mobiliarexekution als nicht gesetzlich abgeschlagen werden soll, weil der Beklagte die Schuld nicht selbst contrahirt, sohin dafür aus persönlichem Titel nicht zu haften habe.

Der Hypothekenbuchsauszug zeigt zwar allerdings, daß A. W. die Schuld nicht kontrahirt habe, sondern dieselbe bereits auf dem Hypothekenobjekt haftete, als er es am 5. März 1829 kaufte. Allein abgesehen davon, daß er nach dem Hypothekenbuchsauszuge die Schuld allem Anscheine nach ausdrücklich zur Zahlung übernommen hat, sind die eingeklagten Zinsen während der Zeit seines Besitzes des Hypothekenobjektes verfallen, dieselben sohin seine persönliche Schuld selbst dann, wenn er das Kapital nicht ausdrücklich übernommen haben sollte.

Es kommt daher auch gar nicht darauf an, ob er die Hauptschuld selbst kontrahirt habe, oder nicht, um persönlich für die aus seiner Besitzeszeit herrührenden Zinsenrückstände zu haften.

§ 54 — 56 des Hyp.-Ges. und Komentar Bd. I. S. 442.

Demnach war auch die Appellation des Beklagten dd. 6. Juni v. Js. abweislich zu verbescheiden.

Das erstrichterliche Dekret vom 27. Juni v. Js. sistirte den Verkauf der zur Tilgung der eingeklagten Zinsen zu 90 fl.

bereits gepfändeten 2 Pferde des Beklagten bis zur Zurückkunft der Akten von der II. Instanz, zu welcher dieselben der eingelegten Berufungen wegen mittelst Berichts vom 9. Juni v. Js. eingesendet worden waren. Hiegegen beschwerte sich der Kläger.

Diese Beschwerde bedarf aber einer Entscheidung nicht, indem dieselbe damit von selbst gehoben ist, daß die Akten nunmehr an das Gericht I. Instanz zurückgelangen.

Ad I. b.

L. K. hat zugleich von dem im Eingange der Entscheidungsgründe erwähnten Kapitale zu 18000 fl. an verfallenen Fristen die Summe von 12000 fl. sammt Zinsen seit 22. Okt. 1834 eingeklagt, und um Verhandlung der Klage im Executivprozesse gebeten; vom Gertchte I. Instanz wurde aber dieses Gesuch am 21. Apr. v. Js. in der angebrachten Art abgewiesen, weßhalb L. K. sub 1. Mai v. J. die Berufung ergriffen hat.

Die Vorstellungen, welche zusammen die Klage im Executivprozesse auszumachen hätten, sind jene vom 18. Jän., 25. Febr. u. 4. April v. J.

Die denselben beigefügten Urkunden bestehen in dem bereits erwähnten Hypothekenbuchsauszuge, und in der Cessions-Urkunde vom 30. März v. Js.

Das Petitum ist in der Vorstellung vom 25. praef. 26. Febr. v. Js. dahin gestellt worden, zu erkennen, der Beklagte sey schuldig, die verfallenen sechs Kapitalsfristen zu 12000 fl. nebst Zinsen und Kosten binnen acht Wochen bei Vermeidung der Auspfändung an Mobilien, so weit dieselben hinreichen, eventuel an Immobilien zu bezahlen.

Das Petitum in der Vorstellung vom 18. Jän. um ein unbedingtes Mandat lautet nur auf Execution an Immobilien; es ist aber keineswegs dieses allein, sondern immerhin und hauptsächlich das am 25. Febr. gestellte zu beachten, weil erst an diesem Tage der Executivprozeß beantragt worden ist, und sonach dieses als das in dieser Prozeßart erhobene Petitum erscheint.

Es ist dem zu Folge die actio hypothecaria mit der persönlichen Klage kumulirt worden.

Die Urkunden der Klagen genügen nun aber nicht, um den Executivprozeß zu rechtfertigen, denn

1. der vorgelegte Hypothekenbuchsauszug vermag auf keine Weise die über das ursprüngliche Rechtsgeschäft errichteten Urkunden in Absicht auf die Substanzirung der Klage im Executivprozeß zu surrogiren.

Nirgend im Hypothekengesetze ist ausgesprochen, daß die Hypothekenbuchsauszüge die ursprünglichen Verträge bei der Bitte um den Executivprozeß vertreten könne; es findet vielmehr die G.=O. cap. 3. § 3. Nr. 5. volle Anwendung, es mag die Hypothekklage allein oder verbunden mit der persönlichen im Executivprozesse angestellt werden wollen.

Nun hat aber hinsichtlich des Entstehens der Schuld der Kläger weiters keine Urkunde, als den Hypothekenbuchsextract vorgelegt, und es ist dieser Abgang schon geeignet, die Klage als nicht gehörig substanzirt darzustellen.

2. Die vorgelegte Cessionsurkunde beseitiget den bisher erwähnten Mangel nicht, da dieselbe kein Dokument über das Entstehen der Schuld zwischen dem Debitor cessus und dem Cessionar und resp. Cedenten, sondern lediglich über den Cessions=Vertrag zwischen den letztern Beiden ausmacht.

3. Geht aus dem Hypothekenbuchsauszug hervor, daß der Beklagte A. W., die Schuld keineswegs selbst kontrahirt hat, wohl aber hat es den Anschein, daß dieselbe von ihm ausdrücklich übernommen worden sey, als er am 5. März 1829 das Anwesen erkauft hat.

Urkunden, welche zeigen, unter welchen vertragsmäßigen Verhältnissen diese allenfallsige Übernahme wirklich eingetreten seyn mag, wie sohin die klagbar geltend gemachte persönliche Haftungsverbindlichkeit des Beklagten erwachsen sey, sind gar nicht vorgelegt worden.

Die gerichtlichen Briefsprotokolle, so wie die Hypothekenprotokolle ergänzen diesen Mangel nicht; denn sie begründen keine Gerichtsnotorität, welche in streitigen Rechtssachen

nur in dem besteht, was in den Prozeßakten derselben Partheien enthalten ist; der Richter der streitigen Gerichtsbarkeit ist nicht verbunden, ohne weiters auf sie zu reflektiren, und insbesondere entbindet ihr Vorhandenseyn denjenigen nicht, durch Vorlegung der über ihren Inhalt ausgefertigten Urkunden den Exceptionsprozeß zu begründen, welcher diesen klagbar herbeiführen will.

4. Der Kläger hat ferner in einer von ihm und dem Kaufmann S. eigenhändig unterzeichneten Vorstellung dd. 12. März v. J. erklärt, daß er selbst der ursprüngliche Gläubiger zur eingeklagten Foderung sey, und erst später, nämlich am 30. März v. J. wurde die Cessions-Urkunde errichtet.

Dieses Verhältniß kann von wesentlichem Einfluß auf den künftigen Streit seyn, indem es sich fragen wird, ob nach dem Inhalte der Vorstellung dd. 12. März v. Js. dem Kläger alle Einreden entgegen gesetzt werden können, welche dem ursprünglichen Gläubiger aus der fraglichen Schuldsache entgegen stehen mögen, oder ob Kläger aus der Cessionsurkunde als dritter Besitzer der Hypothekfoderung zu betrachten sey. Hyp.-Ges. § 26. Nro. 4. u. 5. § 46.

Alles dieses, so wie ob überhaupt der Executivprozeß stattfinden dürfe, kann erst bemessen werden, wenn Kläger die erfoderlichen Urkunden vorgelegt haben wird.

Die Klage des L. K. ist daher ganz gewiß so mangelhaft, daß zur Zeit die Verfügung des Executivprozesses nicht gerechtfertiget erscheinen würde, und es mußte sofort auch die Appellation des L. K. abgewiesen werden.

Compens. expens.

L., am 7. Juni 1836.

Über
Einklagung von Hypothek = Kapitals = Zinsen
nach § 52 des Hypothek = Gesetzes,

Erkenntniß.

Seine Königliche Majestät.

Erkennen in Sachen des X. gegen Y., Zinsrückstände betreffend, zu Recht, und belassen es bei der Entschließung des k. Kreis- und Stadtgerichts Z. vom 4. Mai vergangenen Jahres unter Compensirung der Kosten aller Instanzen.

Entscheidungs = Gründe.

a. Aktenmäßig steht fest, daß Y. vom X. die Güter A. und B. sammt dem Obereigenthume über C. gemäß Kaufbriefs vom 3. Nov. 1830 um den paktirten Kaufschilling von 190000 fl. an sich brachte, nnd daß die Extradition dieser Güter an den Käufer am 10. Dez. 1830 erfolgte.

b. Vertragsmäßig mußten bei der Extradition der Güter 70000 fl. erlegt werden, welche Erlage auch geschehen.

Über die Erlage des Kaufschillingsrestes pr. 120000 fl. wurde bedungen, daß selber in sechsjährigen Fristen a die extraditionis abgeführt werden solle, und zwar die ersten zwei Fristen zu 30000 fl., die weitern vier Fristen aber zu 15000 fl. jährlich.

Überdieß wurde stipulirt, daß der ganze Kaufschillingsrest pr. 120000 fl. mit 4 0/0 und zwar vom 15. Nov. 1830 vom Käufer verzinset werde.

c. Bezüglich der Zinsen = Stipulation machte sich Käufer im bemeldten Kaufsvertrage ausdrücklich verbindlich, daß, wenn er mit der Zahlung der Zinsen säumig seyn sollte, er sich ohne alle Widerrede der Vorschrift des § 51 und 52 des Hypotheken = Gesetzes unbedingt unterwerfe.

d. In Folge weiterer Vertragsbestimmung übergaben die Kontrahenten den Kaufbrief in einer gemeinschaftlichen Eingabe de praes. 13. Jän. 1832 Behufs der Ingrossation desselben, und Eintragung des Kaufschillingsrestes als erstes Hypothek-Kapital auf die bezeichneten Güter in das Hypothekenbuch des k. Kreis- und Stadtgerichts Z., wonach auch unterm 23. Febr. 1832 der über die geschehene Baarerlage von 70000 fl. verbliebene Kaufschillingsrest pr. 120000 fl. mit der Stipulation der 4 0/0tigen Verzinsung dd. 15. Nov. 1830 im kreisgerichtlichen Hypothekenbuche als erste Hypothekpost, ohne allen Vorbehalt oder Protestation des damaligen Güterbesitzers eingetragen worden ist.

e. Da Y., welcher nach Inhalt des Kaufsvertrages vom 3. Nov. 1830 am 10. Dez. 1831 die erste Frist pr. 30000 fl. sammt den a dato 15. Nov. 1830 zu 4 0/0 zu berechnenden Zinsen hätte bezahlen sollen, erst am 18. Febr. 1832 diese Frist pr. 30000 fl. sammt einem Jahrgang Zinsen pr. 4800 fl. jedoch letztere mit der ausdrücklichen Protestation gegen die Ausfolglassung derselben an den X., statt an letztern baar zu entrichten, bei Gericht erlegte resp. deponirte, — klagte der Verkäufer gegen den Käufer auf den Grund des § 52. des Hyp.-Gesetzes, und gestützt auf den Kaufbrief vom 3. Nov. 1830 und einen der Klage beigefügten Hypothekenbuchs-Extract auf Bezahlung der vom 15. Nov. 1830 bis 18. Febr. 1832 verfallenen vertragsmäßigen Zinsen mit 5116 fl. 40 kr.

f. Den 4. Mai 1832 erließ das k. Kr.- und Stadtger. Z., welches durch Entschließung vom 27. März 1832 dem Y. aufgetragen hatte, in Gemäßheit des § 52. des Hyp.-Ges. die eingeklagten Zinsen pr. 5116 fl. 40 kr. binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Execution an den X. zu bezahlen, und nachdem die Erinnerung nach Abfluß des Stägigen bei Executions-Bedrohung anberaumten Termines vom Beklagten abgegeben worden, den motivirten Beschluß dahin, daß

aa. die von demselben deponirten und zur Zeit der Staatsschulden-Tilgungs-Kasse liegenden 4800 fl. lapso fatali für Y. im Executionswege einzuziehen seyen, und

bb. X. um die übrigen 316 fl. 40 kr. (Stückzinsen vom 10.

Dez. 1831 bis 18. Febr. 1832) an Mobilien auszupfänden sey, wenn er sie binnen 8 Tagen nicht von selbst berichtige. Allein

g. Auf hiegegen vom Beklagten ad II. Instanz ergriffene Berufung erkannte das k. Appellat.-Ger. für den *** Kreis abändernd den 18. August 1832 zu Recht, daß Y. mit seiner auf den Grund des § 52. des Hyp.-Gesetzes angestellten Hypothek-Zinsen-Klage ad processum ordinarium zu verweisen sey. Dieser,

h. sich dadurch beschwert erachtend, daß ihm die im § 52. des Hyp.-Gesetzes bestimmte außerordentliche Prozeßart entzogen werde, revidirte gegen den appell.-gerichtl. Ausspruch zur III. Instanz, und bat um Wiederherstellung des erstrichterlichen Bescheides vom 4. Mai 1832.

i. In Erwägung der angeführten in actis festgestellten factischen Momente erscheint die Berufung der Revidenten gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 18. August 1832, und die Revisions-Bitte gegründet, indem die Bedingungen der Anwendbarkeit des § 52. des Hyp.-Gesetzes im vorliegenden Falle vorliegen.

Denn der § 52. des Hyp.-Gesetzes bestimmt, daß, wenn bloß rückständige Zinsen eines im Hyp.-Buche eingetragenen Kapitales von den letzten zwei Jahren gefodert werden, auf die schriftlich oder mündlich angebrachte, jedoch entweder mit dem Hyp.-Briefe oder einem beglaubigten Auszuge aus dem Hyp.-Buche bescheinigte Klage dem Schuldner aufzutragen sey, den gefoderten Rückstand binnen 8 Tagen bei Vermeidung der Execution zu zahlen, und daß der Schuldner mit keiner Einrede gehört werden solle, die er nicht auf der Stelle durch Urkunden beweisen könne; daß ferners in Mangel einer solchen Einrede sofort gegen den Schuldner auf Anrufen des Gläubigers mit der Execution verfahren, diese durch kein Rechtsmittel aufgehalten, dem Schuldner übrigens nach geschehener Zahlung die Rechtsverfolgung vorbehalten bleiben solle.

Im Einklange mit den § 42. des Hyp.-Gesetzes, wonach die Hypothek auch auf die Zinsen des laufenden und des un-

mittelbar vorausgegangenen Jahres, wenn das Kapital als ein verzinsliches eingetragen worden, sich erstreckt, und im Einklange mit dem § 43., wonach der Gläubiger um ältere Zinsen, als die zwei privilegirten Jahrgänge nur durch deren besondere Eintragung in das Hypothekenbuch eine eigene Hypothek erwerben kann, beruht der § 52 des Hyp.-Gesetzes lediglich auf den zwei Voraussetzungen,

aa. daß nur rückständige Zinsen von den letzten 2 Jahren gefodert werden, und daß

bb. diese Zinsen vor einem als verzinslich im Hyp.-Buche eingetragenen Kapitale herrühren, ohne Unterschied, ob der Zinsenlauf schon vor dem Eintrage des verzinslichen Kapitales in das Hyp.-Buch, oder erst im Zeitpunkte des Eintrages begonnen habe, wenn nur nicht ältere als zweijährige Zinsen gefodert werden, in welchem Falle dieselben qua accessorium der Hauptsache a dato des Ertrages des Kapitales in der Eigenschaft als verzinsliches der Vorzüge einer Hypothek genießen.

Da im vorliegenden Falle feststeht, daß von dem den 23. Febr. 1832 in das Hyp.-Buch eingetragenen Kaufschillings-Kapitale nur von den privilegirten Jahrgängen 1830/31 und 1831/32 bedungene Zinsen gefodert worden, so kann die Anwendbarkeit des § 52 des Hyp.-Gesetzes nur sekundär einem Bedenken unterliegen, als nicht von Vorzugsrechten eines Mithypothekars, sondern nur von den Executions-Rechten eines Gläubigers gegen den Schuldner wegen derlei rückständigen Zinsen die Sprache ist, und überdieß das rückständige Kaufschillings-Kapital mit den a dato 15. Nov. 1830 verfallenden Zinsen in das Hyp.-Buch eingetragen werden, sohin sich auch dieses Eintrages wegen die erlangte Hypothek auch auf die seit dem 15. Nov. 1830 bis zum Eintrage des Kapitals in das Hyp.-Buch verfallenen Zinsen erstreckt.

Beklagter muß sich sonach das in dem § 52 des Hyp.-Gesetzes vorgezeichnete Verfahren um die gegen selben eingeklagten Hyp.-Zinsen um so mehr gefallen lassen, als derselbe gemäß ausdrücklicher im Kaufbriefe vom 3. Nov. 1330 ent-

haltenen Stipulation sich verbindlich machte, falls er mit der Zahlung der Zinsen säumig seyn sollte (welche Voraussetzung vorliegt) sich ohne alle Widerrede der Vorschrift des § 51 und 52 des Hyp.-Gesetzes unbedingt zu unterwerfen.

Aus diesen Gründen, und da die weitere vom Beklagten in der von ihm abgegebenen Erinnerung vom 16. Apr. v. J. vorgebrachten Einreden theils als unerheblich, theils illiquid, sohin in dem durch den § 52 des Hyp.-Gesetzes vorgeschriebenen Verfahren unstatthaft erscheinen, wie in dem Bescheide vom 4. Mai v. J. der ersten Instanz genügend an- und ausgeführt worden, worauf sich hiemit berufen wird, mußte abändernd wie geschehen erkannt werden.

Die Compensation der Kosten rechtfertiget sich dadurch, daß auch Beklagter ein günstiges Erkenntniß II. Instanz für sich hat, und demselben kein Streitsmuthwille vorgeworfen werden kann.

München, den 19. Jän. 1833.

„Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern."

(L. S.)

Frhr. v. Welden, Präsid.

Sekr. Frankl.

Die Quiescenz und Reactivirung der Staatsdiener betreffend.

Seine königliche Majestät.

Wen ein Staatsdiener gänzlich quiescirt u. wieder reactivirt, oder ihm nur ein Theil seiner bis-

Erkennen in Sachen des kön. Oberconsistorialrathes X. gegen den kön. Fiskus wegen Gehaltsschmälerung zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts

von Oberbayern vom 26. Jän. 1838 in Haupt- und Nebensache unter Verurtheilung des kön. Fiskus in die Kosten dieser Instanzen.

herigen Functionen entzogen wird, so ist ihm sein ganzer Gehalt zu belassen.

Gründe.

Kläger, welcher längere Zeit die beiden Stellen eines Oberstudienrathes und eines Oberconsistorialrathes zugleich bekleidete, hat keineswegs die für jede dieser Stellen etatsmäßig festgesetzte Besoldung ausgesetzt erhalten, sondern es wurden ihm nur, als er neben seiner Dienstleistung als Oberstudienrath auch bei dem vormaligen Generalconsistorium als Oberconsistorial verwendet wurde, zu seinem Gehalte, den er als Oberstudienrath mit 2600 fl. aus dem kön. Ärar bezog, eine Zulage von 500 fl. aus dem protestantischen Kirchenvermögen bewilliget.

Schon hieraus geht hervor, daß sich Kläger nicht in dem Bezuge zweier selbstständiger Besoldungen befand, sondern daß derselbe für seine doppelte Dienstleistung einen Gesammtgehalt von 3100 fl. zu beziehen hatte. An diesem Gehalte kann dem Kläger, so lange er überhaupt noch activ ist, kein Abzug gemacht werden.

2. Als Kläger unterm 15. Dez. 1818 bei dem protestantischen Oberconsistorium zum zweiten geistlichen Rathe ernannt worden ist, wurde derselbe in dem Fortgenuße dieser Bezüge bestättigt, und der Betrag von 500 fl., welchen er früher zu seinem Gehalte als Oberstudienrath aus dem protestantischen Kirchenvermögen erhalten hatte, wurde nicht als ein selbstständiger Gehalt für die Stelle eines Oberconsistorialrathes, sondern ausdrücklich für ein bloßer Mehrbezug mit der Bestimmung erklärt, daß X. diesen Mehrbezug auf den Etat des Oberconsistoriums aus dem Finanz-Ärar zu beziehen haben solle. Der fiskalische Vertreter selbst präzizirt in seinem Libelle den Betrag von 500 fl. als einen auf die Finanz-Kassen angewiesenen Mehrbezug. Auf den Genuß dieses Gesammtgehaltes hat daher Kläger, da er noch aktiver Diener ist, ein dekretmäßiges Recht. Der Umstand

3. daß von dem Kläger in seiner Eigenschaft als Oberstudienrath keine Dienste mehr verlangt werden, hat dermalen auf den Gehaltsbezug keinen rechtlichen Einfluß. Von einem Abzuge, welchen der Kläger an seinem Gesammtgehalte von 3100 fl. nach Anleitung der §§ 19 und 22. des Ediktes, die Verhältnisse der Staatsdiener betr., vom 26. Mai 1818, wegen eingetretener Quiescirung gemacht werden könnte, würde, falls nicht Kläger, wie er angedeutet hat, durch Vertrag gegen jeden Abzug überhaupt geschützt seyn sollte, nur alsdann die Sprache seyn können, wenn dem Kläger keine seiner Funktionen gelassen, sondern wenn er überhaupt in Quiescenz versetzt worden wäre. Dieser Fall ist aber nicht vorhanden, da Kläger aktiver Oberconsistorialrath ist. — Auf ihn finden

4. alle die gesetzlichen Beschränkungen, denen nach § 21. des allegirten Edikts der aktive Diener unterworfen ist, ihre volle Anwendung, und es ist daher nur der strengsten Gerechtigkeit angemessen, daß demselben in sener Aktivität auch sein ganzer Aktivitäts-Gehalt belassen werde. Dieß geht auch

5. aus den Bestimmungen der §§ 26 und 27. des angezogenen Edikts auf das unzweideutigste hervor. In diesen konstitutionelen Bestimmungen ist nämlich der rechtliche Grundsatz ausgesprochen, daß, wenn ein Quiescent zur irgend einer Aktivität berufen wird, derselbe auf seinen vorigen Gesammtgehalt Anspruch zu machen habe.

Da es nun in rechtlicher Beziehung gleichviel ist, ob ein gänzlich quiescirter Diener zu irgend einer Aktivität berufen, oder ob einem aktiven Staatsdiener nur ein Theil seiner bisherigen Funktionen, es sey durch theilweise Quiescenz, oder auf eine andere Art entzogen, er aber in der Ausübung seiner übrigen amtlichen Verrichtungen belassen wird, dieser letztere Fall aber hier vorhanden ist, indem sich Kläger als Oberconsistorialrath in der Aktivität befindet, so ist der erstrichterliche Ausspruch in der Hauptsache den konstitutionelen Bestimmungen vollkommen entsprechend. Wäre der Kläger in seinen beiden Eigenschaften als Oberstudienrath und als Ober-

consistorialrath in Quiescenz gekommen, in der Folge aber zu irgend einer provisorisch oder definitiven Aktivität berufen worden, so würde er nach den allegirten §§ 26 und 27. seinen Gesammtgehalt von 3100 fl. haben ansprechen können. Um so mehr muß dieß hier der Fall seyn, wo der Kläger in dem Zustand der gänzlichen Quiescenz gar nicht versetzt worden ist.

6. Da dem Kläger ein Theil seines Gehaltes im Widerspruche mit keineswegs zweifelhaften konstitutionelen Bestimmungen vorenthalten worden ist, so stellt sich auch die, in erster Instanz ausgesprochene Verurtheilung des kön. Fiskus in die Bezahlung von Verzugszinsen nach § 21. Nro. 2. cap. 3. Th. II. des bayer. L.-R. als gerechtfertiget dar. Aus demselben Grunde kann endlich

7. eine redliche Ursache zum Streit von Seite des kön. Fiskus nicht angenommen werden, da eine unbefangene Prüfung der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen nothwendig zu dem Resultate führen mußte, daß man es in dieser Sache auf einen Rechtsstreit nicht ankommen lassen dürfe. Es ist daher

8. das erstrichterliche Erkenntniß in Haupt- und Nebensache zu bestättigen, und der kön. Fiskus nach § 4. cap. 17. cod. jud. auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

München den 29. September 1838.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) Graf Rechberg.

Frankl.

Gerichtsstand des kön. Fiskus in Realklagen.

Seine königliche Majestät.

Ertheilen dem kön. Fiskus in der Streitsache gegen den Hrn. Grafen von L., wegen Zurückgabe der Herrschaft H., die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ge-

gen den Ablauf der Berufungsfrist, und erkennen in der Hauptsache zu Recht, daß die vom kön. Fiskus angebrachte gerichtsablehnende Einrede zu verwerfen, und daher derselbe schuldig sey, auf die gegen ihn gestellte Klage beim kön. Appellationsgericht des Regenkreises zu excipiren.

Derselbe hat auch die durch diese ungegründete Einrede veranlaßten Kosten der ersten Instanz zu tragen.

Gründe.

Der kön. Fiskus hat zwar gegen das am 27. Nov. 1827 eröffnete Erkenntniß die Revision erst am 22. Jänner 1828, mithin nach schon verflossenem Fatale eingereicht; da ihm jedoch die Rechte der Minderjährigen zustehen, so mußte ihm nach cod. jud. cap. 16. § 1. Nro. 11. die verlangte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von kurzer Hand ertheilt werden. —

Was die Hauptsache betrifft, so hat

I. der Hr. Graf von L. gegen den kön. Fiskus beim Appellationsgerichte des Regenkreises aus dem Grunde Klage gestellt, weil ihm dieser widerrechtlich und gewaltsam den Besitz der Herrschaft H. und einiger Lehenstücke entzogen habe, und er hat daher die Bitte gestellt, den kön. Fiskus anzuhalten, ihm die entzogenen Gegenstände wieder zum Besitz und Genuße auszuantworten, und die von demselben seit der Besitzentsetzung erhobenen Früchte zu vergüten; dagegen hat der kön. Fiskus die Einrede angebracht, daß das kön. Appellationsgericht des Regenkreises das zuständige Gericht nicht sey, sondern diese Klage beim kön. Appellationsgerichte des Isarkreises gestellt werden müße, — und hat sich deßwegen auf das Gesetz vom 1. Juni 1822, die Staatsschuld betr. bezogen, welches von allen Foderungen aus Titeln vor dem 1. Oktober 1811 rede; allein dieses ganze Gesetz handelt, wie schon die Aufschrift zeigt, nur von der Staatsschuld, und die Schuldentilgungsanstalt kann auch nur wegen Staatsschulden belangt werden; unter diesen sind aber nur Verbindlichkeiten zu einer Leistung in Geld in Beziehung auf Kapitalien zu verstehen, die der Staat zu irgend einem Staatszweck vor-

lehensweise aufgenommen hat. Dieser Begriff liegt auch im Allgemeinen der Verordnung vom 20. Aug. 1811 die Errichtung einer Schuldentilgungs-Com. betr. und jener vom 12. Nov. 1811 wegen Anordnung einer Staatsschuldenliquidation (Reggsbl. 1811 S. 106. 1697) mit der Ausdehnung auf Besoldungs- und Pensions-Rückstände zum Grunde.

Diese gesammte Staatsschuld wurde durch die Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 Titl 7. § 11. Ges.-Bl. 1818 S. 129. unter die Gewährleistung der Stände gestellt, und dieser durch den Abschied vom 22. Juli 1819 auch der fernere Zuwachs an (solchen) Staatsschulden einverleibt (Ges.-Bl. 1819 S. 36. Nr. 1. S. 229. Nr. 4. S. 244. II. S. 246. Nr. 2. S. 249. VIII. Nr. 1.). Ebenso werden in den Anträgen des Abgeordneten des Finanzministeriums an die Ständeversammlung von 1819 Bd. 12. S. 440. in der Instruktion für die Regierung, wegen Ueberweisung der Pensionen vom 15. August 1819 dann in dem Gesetze vom 11. September 1825, wodurch eine Pensionsamortisations-Kasse angeordnet wurde, und selbst in der Ausschreibung des Finanz-Ministeriums vom 29. Jäner 1824 nur Staatsanlehen als Staatsschulden betrachtet, und die Bezahlung derselben mit der Ausdehnung auf die Rückstände an Pensionen, durch die Schuldentilgungsanstalt bezweckt, nirgends kommt aber auch nur ein Wort davon vor, daß auch Ansprüche auf Staats-Realitäten darunter verstanden seyen, was auch nicht geschehen konnte, da sich die Gewährschaft der Stände auf Realansprüche nicht erstreckt, und Staatsrealitäten auch keinen Theil des Staatsschuldentilgungs-Fondes ausmachen. Das Gut H., das hier mittels einer Realklage in Anspruch genommen wird, gehört offenbar nicht zu diesem Fond, es kann also auch diese Foderung keine Staatsschuld im Sinne des Gesetzes vom 1. Juni 1822 betreffen, und ob sie mit Rücksichtnahme auf die Fideikommiß-Pragmatik gegründet sey oder nicht, gehört zur Entscheidung der Hauptsache, worüber noch nicht verhandelt ist. Zwar hat der Herr Kläger auch den Ersatz der ihm entzogenen Gutsfrüchte eingeklagt; allein diese bilden nur ein Accessorium von der Hauptsache, und müssen also

da, wohin diese gehört verhandelt werden, ohne daß sie diese ihre Eigenschaft dadurch, daß sie den Werth der Hauptsache übersteigen, verlieren. Da nun die angesprochenen Realitäten im Bezirke des k. Appellationsgerichts des Regenkreises liegen, so ist dieses auch die kompetente Behörde zur Verhandlung und Entscheidung hierüber, und die vom k. Fiskus dagegen angebrachte Einrede des nicht zuständigen Gerichts stellt sich demnach als ungegründet dar.

II. Auf Streitseinlassung kann aber gegen den k. Fiskus nicht sogleich erkannt werden; denn, wenn schon nach cod. jud. cap. 6. § 2. alle dilatorischen und peremtorischen Einreden zugleich angebracht werden müssen, so sind doch nach § 3 alle präjudizielen Einreden, und namentlich auch jene des nicht zuständigen Gerichts davon ausgenommen; diese Ausnahme bezieht sich nicht bloß auf die peremtorischen, sondern auch auf die dilatorischen Einreden, und es ist auch einleuchtend, daß ein Beklagter bis zur rechtskräftig entschiedenen Frage, ob er bei dieser oder jener Gerichtsbehörde Rede und Antwort geben müsse, auch nicht verbunden seyn könne, bei einem Richter, den er nicht für kompetent hält, auch schon andere dilatorische Einreden vorzubringen. Es mußte daher, wie geschehen, erkannt werden.

München am 23. Jäner 1829.

„Oberappellationsgericht des Königreichs Bayern."

v. Ritter.

Frankl.

Rechtsfall XXIII.

Pcto. nullitatis testamenti.

I.

Klage.

Königl. Kreis- und Stadtgericht X.

Unterm 3. Mai 1828 hat mich N. Z. provozirt, mit meiner Nichtigkeits-Beschwerde gegen das bei den Akten liegende Tz.'sche Testament, in welchem er als Erbe eingesetzt ist, binnen 14 Tagen bei Vermeidung ewigen Stillschweigens hervorzutreten.

In Folge hohen Dekretes vom 11., ins. 15. März desselben Jahres bin ich unterm 12. April wirklich mit einer Nullitäts-Beschwerde, aber nicht bloß gegen den Provokanten, als instituirten Erben, sondern auch gegen die in dem erwähnten Testamente sub Nro. III. lit. a, b, c et d aufgeführten Legatarien eingekommen.

Aus dem Dekrete vom 15. April 1828, in welchem von den Belangten gesprochen wird, ferner aus dem Dekrete vom 2. Mai 1828, wo es heißt, daß weder von dem N. Z. noch von den Legatarien eine Erklärung über das schriftliche Verfahren eingekommen sey, endlich auch aus dem Commissions-Protokolle vom 7. May desselben Jahres, in welchem der kön. Advokat M. als Anwalt des Erben sowohl, als auch der Legatarien R. und A. F. und ihrer Kinder aufgeführt ist, entnehme ich mit aller Bestimmtheit, daß weder das kön. Kreis- und Stadtgericht, noch auch die erwähnten Legatarien, meine Nullitäts-Beschwerde so verstanden haben, als sey sie lediglich gegen den N. Z. als Testaments-Erben gerichtet; deßungeachtet aber erhielt durch das Dekret vom 23. Juni lediglich letzterer den Auftrag, zu

excipiren, so wie er denn auch wirklich, wie schon im Eingange der Exceptionsschrift zu lesen ist, lediglich als instituirter Erbe excipirt hat, während von Seite der Legatarien bis zur Stunde weder eine Exception, noch auch eine Erklärung, daß sie die Exception des Erben auch als die ihrige gelten lassen wollen, eingelaufen ist.

Hieraus ergiebt sich nun zur vollen Evidenz, daß eine vollständige Kriegs-Befestigung auf meine Klage zur Zeit noch nicht geschehen ist, so daß mir also nach deutlicher Vorschrift der Gerichts-Ordnung cap. 4. § 13. noch immer das Recht zusteht, meine Klage vom 12. April 1828, nicht blos zu emendiren, sondern auch im Hauptwerke abzuändern, zu mutiren.

Obwohl ich nun nicht der Meinung bin, daß meine hier folgende Klage-Verbesserung eine Mutatio libelli sey, so habe ich doch das Vorausgeschickte für den Fall vorausschicken zu müssen geglaubt, als der hohe Richter geneigt wäre, im Nachfolgenden eine Änderung im Hauptwerke zu erblicken.

Die Zulässigkeit einer emendatio oder mutatio libelli hindert auch der Umstand nicht, daß ich durch das Dekret vom 11. März 1828 peremtorisch zur Klagestellung beauftragt wurde; denn durch die wirkliche Klagestellung habe ich jeder Kontumazial-Folge hinlänglich vorgebeugt, so wie auch nirgends vorgeschrieben ist, daß einem provozirten Kläger das Recht der Emendation oder Mutation nicht zustehe.

Dieses vorausgeschickt erkläre ich nun, daß ich das Nachfolgende nicht als Replik angesehen, sondern daß ich hiedurch nur meine Klage vom 12. April 1828 verbessert haben will; ich verwahre mich im Voraus gegen jeden Ausspruch der Unzulässigkeit solcher Emendation, und bitte für den Fall eines solchen Ausspruches, mir die Repliksfrist auf 30 Tage a die recepti des Abweisungs-Dekretes zu verlängern.

Unterm 2. August 1827 verstarb mein zweibändiger ehelicher Bruder Tz. Nach seinem Tode wurde bei einem kön.

Kreis- und Stadtgerichte ein von demselben angeblich hinterlegtes Testament vom 21. Dezember 1826 aufgefunden, in welchem N. Z. als Erbe eingesetzt, diesem der Pfarrer F., als Erbe substituirt ist, und des Erblassers Haushälterinen R. und A. F., und seinen mit den Letztern außerehelich erzeugten Kindern bedeutende Legate bestimmt sind.

Dieses Testament, welches ohnehin bei den Akten liegt, und auf welches ich mich daher, ohne es in Abschrift vorzulegen, lediglich beziehen darf, kann ich als einen rechtsbeständigen letzten Willen nicht anerkennen.

In Ermangelung einer ehelichen Descendenz des Erblassers, in Ermangelung auch von Ascendenten bin ich als einziger zweibändiger Bruder zur Intestat-Erbfolge berufen, und somit als Kontradiktor hinlänglich legitimirt.

Von diesem Kontradiktions-Rechte Gebrauch machend, erkläre ich nun vordersamst, daß ich das fragliche Testament als ein gerichtliches nicht gelten lassen kann.

Das Protokoll vom 29. Dez. 1826, mittels welchem das fragliche Testament zu den Gerichtsakten genommen wurde, ist unter der Präsenz des damaligen Kreis- und Stadtgerichts-Rathes K. abgehalten.

Zu diesem Übernahms-Akte hätte derselbe eines ausdrücklichen Kommissoriums bedurft, indem nämlich das kön. Kreis- und Stadtgericht X. eine Obrigkeit ist, welche aus einem Senate, und nicht aus einer einschichtigen Person besteht. Cod. civ. p. III. c. 4. § 2. Nro. 9. et annot. Nr. 4.

Ein solches Kommissorium hat er nun nicht gehabt, und somit fällt die gerichtliche Autorität des erwähnten Testamentes zusammen.

Auch kann ich dasselbe als ein rechtsgültiges außergerichtliches Testament nicht anerkennen, und widerspreche sofort,

1) daß es von meinem seligen Bruder geschrieben, unterschrieben und gesiegelt worden,

2) widerspreche ich auch die Ächtheit der übrigen Siegel und Unterschriften; ich widerspreche ferner,

3) daß die aufgeführten Zeugen vom Testator zum Testamentsakte erbeten worden,

4) daß sie sämmtlich gleichzeitig gegenwärtig gewesen,

5) daß der Testator den sämmtlich und gleichzeitig anwesenden Zeugen das fragliche Testament mit der Erklärung vorgelegt habe, es sey hierin sein letzter Wille enthalten,

6) daß das ganze Testament in uno actu continuo zu Stande gekommen sey, endlich

7) daß Testator das Testament in sämmtlicher Zeugen Gegenwart unterschrieben und gesiegelt habe.

Uebrigens zeigt die Einsicht des Testamentes selbst, daß der einzige Gezeuge L. die Deklaration des Erblassers, daß das fragliche Testament sein letzter Wille sey, bestätiget habe, während doch die ausdrückliche Vorschrift des Cod. civ. P. III. cap. 3. § 5. Nr. 7. dahin geht, daß diese Bestätigung von zwei Zeugen geschehen seyn müsse.

Hiedurch glaube ich dargethan zu haben, daß das fragliche Testament ein zierlicher letzter Wille nicht sey, und daß sofort die Intestat-Erbfolge eröffnet werden müsse.

Es zeigt sich aber hier nicht nur ein Mangel an äußerlichen, sondern auch an innerlichen Requisiten; denn es ist eine bekannte Sache, daß, wie ich hiemit behaupte, A. und R. F. in meinen Bruder mit anhaltenden und ungestümmen Bitten und Sollicitationen so lange gedrungen sind, bis er sich zu ihren und ihrer Kinder Gunsten zu testiren herbeigelassen hat, vorausgesetzt nämlich, daß das fragliche Testament wirklich von meinem Bruder herrühren sollte.

Weil nun aber ein freier Wille ein Hauptrequisit eines letzten Willens ist, ohne welches er nicht zu Recht bestehen kann, während anhaltende oder sonst mit Importunität verknüpfte Sollicitationen einer Violenz gleich geachtet werden, Cod. civ. P. III. cap. 2. § 3 et 7. annot. lit. d., so ergibt sich die Nullität dieses Testamentes von selbst.

Ein letzter Wille muß aber nicht bloß ein freier, er muß auch ein wahrer seyn. Der hier vorliegende letzte Wille ist verstellt. Diesfalls gebe ich folgende thatsächliche und rechtliche Erörterungen. R. und A. F. sind leibliche

Schwestern. Beide haben gleichzeitig mit meinem Bruder im Konkubinate gelebt.

Die Früchte dieses Verhältnisses sind die beiden Kinder.

Dieses Konkubinat dauerte auch in der Ehe meines Bruders fort, während welcher er den Sohn mit R. F. erzeugte. Die Tochter ist mit der A. F. erzeugt.

Durch die Begattung mit beiden Schwestern wurden sie beide mit meinem Bruder im ersten Grade kanonischer Komputation verschwägert, und dieses Konkubinat ist daher nicht nur ein ehebrecherisches, sondern auch ein incestuoses. **Cod. civ. P. I. cap. 4. § 6. cap. 6. § 9. Nro. 4. et annot.**

Diese beiden Schwestern gehören demnach nebst ihren in solchem Verhältnisse erworbenen Kindern um so mehr unter die bemakelten Personen, als hiezu nicht einmal Ehebruch, Blutschande und verdammte Geburt, sondern uneheliche Geburt überhaupt und Konkubinat hinreichend wäre.

Cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. annot. Nro. 5. lit. e.

Weil nun beim Vorhandenseyn eines Bruders des Testators bemakelte Personen überhaupt nicht als Erben eingesetzt werden können, so wie denn auch unehelichen Kindern im Verhältnisse zu ihrem natürlichen Vater die passive Testabilität gänzlich gebricht,

Cod. civ. P. III. cap. 3. § 13. Nro. 1. et § 14. Nro. 3.

so mußten die Erbschleicherinen auf Umgehung dieser fatalen Gesetzesstellen bedacht seyn. Nur auf diese Art ist es gekommen, daß N. Z. zum Scheine als Erbe eingesetzt, und diesem der Bruder der beiden Konkubinen als Erbe substituirt wurde, welche beiden Erben aber die besondere Verbindlichkeit übernommen haben, die Erbschaft den eigentlichen, aber maskirten Erben, nämlich den beiden Konkubinen und ihren Kindern hinüber zu geben.

Die Erbseinsetzung des N. Z. und Substitution des F. ist daher weder wahr, noch ernstlich.

Auch ist bei jeder Handlung auf das wahre Geschäft zu sehen.

Das wahre Geschäft ist hier Erbseinsetzung bemakelter Personen beim Vorhandenseyn eines Bruders des Testators.

Das wahre Geschäft kann hier nach den allegirten Gesetzesstellen nicht zu Recht bestehen, so wie denn auch überhaupt jede Scheinhandlung nichtig ist, durch welche ein rechtsungültiges Geschäft verdeckt werden soll. Thibaut, Pand. Syst. § 153. und die daselbst citirten Stellen.

Auf den Grund dieser faktischen und rechtlichen Verhältnisse stelle ich daher die gehorsamste Bitte,

„diese Klageverbesserung den 6 Beklagten pro exceptionibus mitzutheilen, causa instructa aber zu erkennen, es sey das fragliche Testament nicht zu Recht bestehend, es werde sofort die Intestaterbfolge eröffnet, und mir auf den Grund derselben der Nachlaß meines seligen Bruders adjudizirt, mit Verurtheilung der Beklagten in sämmtliche Kosten.“

Für den Fall, daß ich wider Erwarten mit dieser querela nullitatis, resp. inofficiosi nicht durchdränge, verbinde ich mit derselben nachfolgende Condictio ex lege:

Wie ich bereits gezeigt habe, gehören die in dem fraglichen Testamente mit Legaten bedachten 4 Personen zu den bemakelten, und waren als solche unfähig, in einem Testamente meines Bruders als Erben eingesetzt zu werden.

Nun bestimmt Cod. civ. P. III. cap. 6. § 5. Nro. 1., daß alle jene, welche testabilitatem passivam nicht haben, auch eines Legates nicht fähig sind.

Die genannten Personen sind nur in respectu meiner intestabel (intestabiles secundum quid) also auch respectu meiner eines Legates unfähig, und da die passive Intestabilität bemakelter Personen nur zu Gunsten der Brüder und Schwestern verordnet ist, damit sie die durch Bedenkung schimpflicher Personen ihnen angethane Schmach rächen können, so ergibt sich hieraus und aus den Bestimmungen des älteren und neueren Landrechtes,

„daß eine solche Erbeinsetzung oder Vermächtniß ganz und gar ungültig sey, und Alles, was personae turpi verordnet ist, den Geschwistern zufalle.“

Cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. annot. Nro. 5. lit. b.

Die unbestreitbare Folge, daß niemand Anderer, als ich, diese vom Gesetze als ungültig bezeichneten Legate anfechten, und für sich vindiziren kann.

Deßhalb stelle ich für den Fall, daß die Erbeinsetzung als zu Recht bestehend erkannt würde, die gehorsamste Bitte, mir wenigstens die den genannten 4 Personen in dem fraglichen Testamente ausgesetzten Legate zu adjudiziren, sofort den Testamentserben zu beauftragen, er habe mir die gedachten Legate herauszubezahlen, und alle Kosten aus der Masse zu bestreiten.

Was die gedachten Legatarien allenfalls für Alimentation und Satisfaktion zu fordern berechtigt seyn könnten, was ich jedoch widerspreche, mögen dieselben in separato verfolgen.

Ich empfehle mich ꝛc.

Den 12. Oktober 1831.

II.

Erkenntniß Imae.

„Das Königl. Kreis- und Stadtgericht X.“

Erkennt in der Streitsache des N. Y. gegen den N. Z. puncto nullitatis tejtamenti zu Recht:

I. Das Testament des Tz. sey zu Recht bestehend zu erachten;

II. Y. sey sohin mit seiner Nullitäts-Querel gegen das Tz.'sche Testament abzuweisen, und habe

III. die sämmtlichen auf gegenwärtigen Streit erwachsenen Kosten allein zu tragen.

Gründe.

§ 1.

N. Y., Bruder des Erblassers Tz., streitet das am 21. Dez. 1826 von genannt seinem Bruder errichtete, und am

29. ejusdem mensis et anni bei Gericht übergebene Testament an, weil er nur mit dem unbedeutenden Legate von 100 fl. bedacht: dagegen N. Z. als Universalerbe eingesetzt, — diesem in casum casus, — wenn nämlich N. Z. vor ihm verabsterben würde, — Xaver F. substituirt, dann den zwei unehelichen Kindern des Erblassers und seinen zwei gewesenen Haushälterinen zusammen eine Summe von 16,000 fl. vermacht worden ist.

Derselbe trat daher bereits am 12/14. April 1828 mit der Nullitätsklage auf, welche er am 12/13. Okt. 1831 änderte und im Wesentlichen auf die Behauptungen ausdehnte:

1) Seine Nullitäts-Beschwerde vom 12. April 1828 sey nicht bloß gegen den N. Z., als Testamentserben, sondern auch gegen die Legatarien und den substituirten Erben gerichtet, und diesen insgesammt soll die geänderte Klage ad excipiendum mitgetheilt werden.

2) Das Testament des Y. bestehe weder als gerichtliches noch als außergerichtliches zu Recht.

3) Dasselbe sey nur fingirt.

4) Der Testator habe sich nur auf anhaltendes und ungestümes Bitten und Sollizitiren der A. und N. F. zu demselben herbeigelassen.

5) Die mit Vermächtnissen bedachten 4 Personen seyen bemakelt, und als solche eines Legates nicht fähig; es falle demnach Alles, was denselben verordnet worden, ihm zu.

§ 2.

Was nun ad 1. anbelangt, so behauptete der N. Z. excipiendo, daß dem Herrn Y. gegen die Legatarien, und zumal gegen den substituirten Erben, ein Klagerecht nicht zustehe, und daß die Legatarien eben so wenig befugt seyen, in concreto gegen den Y. zu excipiren.

Die neue Klage desselben wurde jedoch durch motivirten Beschluß des kön. Kreis- und Stadtgerichtes X. vom 24. Februar 1832, und unter ausdrücklicher Beziehung auf Cod. jud. cap. 4. § 13. für zulässig erklärt, und es sind demnach

auch die Legatarien aufgefordert worden, gemeinschaftlich zu excipiren.

Es findet daher dieser erste Antrag des Klägers in dieser Zulässigkeit, wornach selbst die Klage ante litis contestationem plenam im Hauptwerke noch abgeändert werden konnte, seine Abfertigung, und es wird sich zur Vermeidung einer Wiederholung auf die Gründe zu jenem Beschlusse bezogen.

Geht man hiernach

§ 3.

unmittelbar zur Hauptsache selbst über, so ergibt sich ex materialibus Folgendes:

„Kläger ficht das angezogene Testament seines Bruders sowohl wegen äußerer sichtbarer — als wegen innerer Mängel an.“

Mit Rücksicht auf § 15. Nro. 8. und § 24. p. III. cap. 3. des bayer'schen Landrechtes und Anmerk. hiezu lassen sich jene Fälle, wo ein Testament gleich an sich nichtig ist, im Ganzen darauf reduziren, daß es

a) ob defectum in testatore,

b) — in essentialibus,

c) — in solemnitatibus et

d) ob defectum ratione certitudinis voluntatis nicht zu Recht bestehen könne.

Der erste Mangel kann völlig umgangen werden, da er nirgends behauptet worden ist.

Den zweiten Defekt brachte aber N. Y. mit der Impugnation der Erbseinsetzung klagend an, und suchte dadurch seine Nullitäts-Querel weiter auszuführen.

Allein Tz. hat sich im ersten Punkte seines Testamentes vom 21. Dez. 1826 deutlich dahin ausgesprochen, daß er den N. Z. als Universalerben einsetze, und ihm überdieß im darauffolgenden Nro. II. einen Erben substituirt, so daß an diesem Essentiale der Erbseinsetzung gewiß nicht im Geringsten gezweifelt werden kann.

Eben so wenig war aber Kläger im Stande, gegen die passive Testabilität des Beklagten Etwas mit Grund einzu-

wenden, und es muß daher die Erbseinsetzung um desto mehr für zu Recht bestehend erklärt werden, als Kläger in concreto nicht als Notherbe erscheint, und sub lite im Punkte III. des Testamentes, wo ihm nur ein Legat von 100 fl. zugedacht wurde, sogar die Ursache ausgedrückt ist, warum er seinen Bruder umgangen habe.

In dieser Beziehung reicht Kläger mit seiner geänderten Klage, wenn man solche auch unter dem Gesichtspunkte der querelae inofficiosi testamenti stellt, nicht aus, weil, — würde er selbst als Notherbe betrachtet werden können, wie nicht, Cod. civ. p. III. cap. 3. § 16. e. et in annot. ibid. Nr. 11. — der Grund der Enterbung im Testamente ausdrücklich angegeben ist, eine diesfallsige Beweisauflage an den instituirten Erben aber aus dem Grunde hinwegfallen muß, weil die Erbseinsetzung, wie sie geschehen, für sich als gültig angenommen wird.

§ 4.

Was die Solemnitäten anbelangt, so legt Kläger ein besonderes Gewicht darein, daß er nämlich behauptet, das Protokoll vom 29. Dez. 1826 sey unter der Präsenz des damaligen Kreis- und Stadtgerichts-Rathes K. abgehalten worden.

Zu diesem Uebernahmsakte hätte derselbe eines ausdrücklichen Commissorium bedurft, indem das kön. Kreis- und Stadtgericht X. eine Obrigkeit sey, welche aus einem Senate und nicht aus einer einschichtigen Person bestehe. Ein solches Commissorium habe er nicht gehabt, und somit falle die gerichtliche Autorität des erwähnten Testamentes zusammen.

Die vom Kläger zur Begründung dieses Vorbringens citirte Gesetzesstelle Cod. civ. P. III. cap. 4. § 2. Nro. 9. et annat. Nro. 4., spricht aber keineswegs von der Testaments-Ueber- sondern von der Testaments-Aufnahme, besonders in Fällen, wo Testator nicht in loco judicii anwesend ist, sondern eine Abordnung oder sonst gültige Delegation zu geschehen hat.

Abgesehen davon, daß es eine allgemein bekannte und mit dem Organismus selbst zusammenhängende Sache ist, daß die Leitung und Zutheilung der Geschäfte bei allen Gerichtsbehörden und Stellen des Königreiches von den Vorständen derselben ausgehe, worüber die allerhöchsten Edikte und Verordnungen vom 24. Juli und 3. Dez. 1808 über Gerichts-Verfassung und Anordnung der Stadtgerichte, so wie die allerhöchste Verordnung vom 24. August 1819 „die Verwaltung der Justiz im Allgemeinen betreffend“ sub Nro. 2. hinlänglichen Beweis geben, und abgesehen davon, ob nicht allenfalls praesentia judicis ad confirmationem hujus actus genügen würde, erläutern die Anmerkungen den § 2. Nro. 6. p. III. cap. 4. dahin, daß Testator seinen letzten Willen, da, wo es nicht üblich ist, ihn vor gesessenem Gerichte zu übergeben, in einem Nebenzimmer coram commissione übergeben könne.

Wollte man demnach selbst annehmen, der damalige Kreis- und Stadtgerichts-Rath K. hätte nicht im Auftrage seines ihm vorgesetzten Directorium gehandelt, so könnte die Testaments-Uebernahme auch noch nicht beanständet werden, weil einer Richter-Person für die Zeit, als sie des Tags über in Funktion ist, bei einer jeden Verhandlung mit einer Partei, sey es nun im Akte der freiwilligen oder streitigen Gerichtsbarkeit, die Eigenschaft eines Commissärs anklebt, und der Kommissions-Auftrag also jedenfalls präsumtive genugsam ex actis erwiesen wäre.

Ueberdieß wurde das Protokoll vom 29. Dez. 1826 am Gerichtssitze durch eine Gerichts-Commission (in Gegenwart eines Richters und verpflichteten Aktuars) aufgenommen.

Testator erschien selbst bei Gericht, und erklärte, daß in dem von ihm übergebenen Pakette sein letzter Wille enthalten sey, und erbat sich noch ausdrücklich zum Nachweise der gerichtlichen Insinuation seines Testamentes einen Rekognitions-Schein.

Dieser letzte Wille wurde darauf auch unter gerichtlichen Verschluß gebracht, in conservatorio judiciali hinterlegt, nach dem Tode des Erblassers aber aus demselben genommen, und am 6. Sept. 1827 den betheiligten rechtsförmlich publizirt.

Unter solchen Verhältnissen kann wohl nicht geläugnet werden, daß das Testament des Tz. als ein gerichtliches zu betrachten sey, wobei alle weiteren Solenitäten, welche zu der Gültigkeit eines außergerichtlichen Testamentes erfordert werden, außer Rücksicht kommen, also auch dasjenige, was Kläger in dieser Beziehung angeführt hat, außer Würdigung bleiben muß.

§ 5.

Die Gewißheit des Willens sucht Kläger dadurch verdächtig zu machen, daß er behauptet, A. und R. F. seyen in seinen Bruder mit anhaltenden und ungestümen Bitten und Solizitationen so lange gedrungen, bis er sich zu ihren und ihrer Kinder Gunsten zu testiren herbeigelassen habe.

Würde diese Behauptung selbst als wahr angenommen werden, so könnte durch solche das vorliegende Testament wieder nicht entkräftet werden.

Denn einerseits sind A. und R. F. nicht die instituirten Erben, andererseits wird ein solches Bitten, Vorstellen, Ermahnen, Erinnern, Einschmeicheln und anderes dergleichen Bezeugen, wodurch man Jemanden mit guter Art zu disponiren sucht, in keinem Falle jener vis oder metus gleichgeachtet, wodurch einer Person ihr wahrer und freier Wille entzogen wird.

Cod. civ. p. III. cap. 2. § 7. et annot. ibid. lit. a et e.

Im Uebrigen ist der ganze Inhalt des Testamentes deutlich, so daß dessen Vollzug keinem Bedenken unterliegt, und auf Seite des eingesetzten Erben, auf den Grund der im possessorischen Streite erfolgten rechtskräftigen Erkenntnisse durch die Immission desselben sogar schon wirklich vollzogen worden ist.

§ 6.

Was ferner die vom Kläger in Anregung gebrachte Auslegung der Gesetze und deren Anwendbarkeit anbelangt, so leiden deutliche Gesetze, wie sie in dem gegebenen Falle zur Anwendung kommen, keine Auslegung, so wie auch das gemeine Recht immerhin nur subsidiäres Mittel in jenen Ge-

bietstheilen bleibt, wo bayer'sches Landrecht eingeführt ist, für den Fall nämlich, wenn dieses in seiner klaren Bestimmung nicht ausreicht.

Cod. civ. p. I. cap. 1. § 9. und cap. 2. § 9. dann in annotat. ibidem.

§ 7.

Die vom Kläger seiner Klage angehängte condictio ex lege stützt derselbe auf den Umstand, daß die im Testamente mit Legaten bedachten vier Personen zu den bemakelten gehören, und daher respectu seiner intestabel wären, wornach ihm jedenfalls diese Legate zufielen.

Allein bei dem Rechtsbestande des Testamentes kann ihm gegenüber nicht mehr die Frage zur Entscheidung gebracht werden, ob auch die Legate zu Recht bestehen oder nicht.

Dieß ist eine Frage, deren Stellung lediglich dem instituirten Erben zukommt.

Contradictor legitimus wäre Kläger nur dann, wenn er rechtserhebliche und in continenti liquidirliche Einreden vorgebracht, oder wenn er Exceptionen, welche Intentionem in jure fundatam für sich haben, angeführt hätte.

Cod. civ. p. III. cap. 1. § 10. Nro. 5. et in not. Nro. 4.

Nachdem nun die Erbfolge ab intestato nur dann und nur in so ferne eintreten könnte, als das fragliche Testament an sich selbst, und die in demselben bestimmte Erbfolge als ungültig und nichtig erklärt würde: dieses aber nach der vorausgeschickten Erörterung keineswegs der Fall ist, so erscheint hiedurch auch das Erbrecht des N. Z. nachgewiesen, und es muß deßhalb Kläger mit seiner angestellten Nullitäts-Querel abgewiesen werden.

§ 8.

Die Verurtheilung desselben in sämmtliche Kosten ist Folge des obsieglichen Urtheiles auf Seite der Beklagten.

Cod. jud. cap. 17. § 4. Nro. 1, 2 et 8.

Am 19. Jänner 1834.

III.

Berufung.

Kön. Appellationsgericht!

Das Erkenntniß, welches das kön. Kreis- und Stadtgericht X. in rubrizirter Sache am 19. Jänner l. Js. gefällt, und am 3. v. Ms. eröffnet hat, beschwert mich in allen seinen Theilen.

Die Berufung, welche ich gegen dasselbe hiemit unterthänigst gehorsamst ergreife, rechtfertiget sich durch die Aktenlage von selbst, und nur des Appellanten gesetzliche Obliegenheit, dem höhern Richter seine Gravamina nicht bloß anzuführen, sondern auch zu deduziren, bestimmt mich zu folgenden Erörterungen:

I. Die §§ 1. und 2. der erstrichterlichen Entscheidungsgründe umgehe ich, da sie lediglich die Geschichte-Erzählung enthalten, und den § 3. aus dem Grunde, weil in demselben Nichts vorkommt, was zur Entscheidung der obschwebenden Streitfragen erheblich wäre.

II. Der § 4. handelt von jener Thatsache, auf deren Grund ich die gerichtliche Autorität des Testamentes meines seligen Bruders bestritten habe.

Ich habe nämlich widersprochen, daß der damalige kön. Kreis- und Stadtgerichts-Rath K. zur Übernahme des genannten Testamentes vom Direktorium des kön. Kreis- und Stadtgerichtes kommitirt gewesen sey.

Judex a quo findet diesen Widerspruch ganz unerheblich.

Er unterscheidet vörderamst zwischen Testaments-Auf- und Uebernahme, und behauptet, daß bezüglich der letzteren die von mir angezogene Gesetzesstelle Cod. civ. p. III. cap. 4. § 2. Nro. 9. nicht einschlage.

Worin der gesetzliche Grund dieser Unterscheidung liege, hat er verschwiegen.

Ein Testament mag vom Gerichte aufgenommen oder übernommen worden seyn, die gerichtliche Autorität kann es nur durch einen gerichtlichen Akt erhalten.

Wer aber ohne Commissorium handelt, handelt nicht als Gerichts- sondern als Privat-Person.

Die allegirte Gesetzesstelle spricht sub Nro. 4. ausdrücklich von der Auf- und Uebernahme, hätte aber, wenn das Testamentum implicitum auch ohne Commissorium zu Stande kommen könnte, diesen Ausnahmsfall expresse anführen müssen.

Doch hierüber will ich nicht weiter rechten; ich begnüge mich mit einer Verweisung auf die annot. lit. c. Nro. 8., welche sub lit. a. lediglich das Testamentum implicitum betreffen.

Abgesehen davon (sagen die erstrichterlichen Entscheidungsgründe weiter) daß die Zutheilung der Geschäfte von den Gerichts-Vorständen ausgehe, und abgesehen davon, ob nicht allenfalls Praesentia judicis ad confirmationem hujus actus genügen würde, erläutern die Anmerkungen den § 2. l. c. dahin, daß Testator seinen letzten Willen da, wo es nicht üblich ist, ihn vor gesessenem Gerichte zu übergeben, in einem Nebenzimmer coram commissione übergeben könne.

Von der Richtigkeit dieser Sätze bin ich vollkommen überzeugt, aber wie releviren sie zur vorliegenden Streitfrage?

Habe ich das vorliegende Testament jemals aus dem Grunde angefochten, weil es nicht vor gesessenem Gerichte überreicht worden?

Meine deßfallsige Rechtsverfolgung beruht lediglich darauf, daß das Testament nicht coram commissione übergeben wurde, weil das Commissorium gemangelt hat.

Eine Commission ist ohne Commissorium in Wahrheit keine Commission, sondern gerirt sich nur als solche. Kein Beamter darf sich aber eigenmächtiger Delegation anmassen, weil er die Jurisdiction nicht proprio, sondern nur ad ministratorio nomine exerzirt. Annot. l. c. Nro. 4. lit. c.

Hat der erste Richter selbst aus den Gesetzen nachgewiesen, daß die Zutheilung der Geschäfte vom Gerichtsvorstande ausgehe, so war es doch zu gewagt, daß er plötzlich abspringend von seinem eigenen Satze, zugleich behauptete, die fragliche Testaments-Uebernahme könne, wenn auch K. ohne

Direktorial-Auftrag gehandelt hätte, doch nicht beanstandet werden, weil einer Richter-Person für die Zeit, als sie des Tags über in Funktion sey, bei jeder Verhandlung mit einer Partei die Eigenschaft eines Commissärs anklebe, und der Commissions-Auftrag also jedenfalls praesumtive genugsam ex actis erwiesen wäre.

Ich erlaube mir, auf die in diesen Sätzen vorkommenden Widersprüche und Unrichtigkeiten aufmerksam zu machen.

Judex I^mae setzt selbst den Fall, daß K. ohne Commissorium gehandelt habe, und für diesen selbst gesetzten Fall präsumirt er den Commissions-Auftrag, und zwar mit einer Praesumtio juris et de jure, weil jede andere Präsumtion einen Gegenbeweis zuläßt, und ich daher außerdem zum Beweise des mangelnden Commissorium hätte gelassen werden müssen.

Allein hier besteht weder eine Praesumtio juris et de jure, noch eine andere Präsumtion; denn der Satz: Quae coram judice facta sunt, rite facta fuisse praesumuntur, wäre hier übel angewendet, wo die Frage streitig ist, ob die Sache coram judice geschehen.

Was soll überhaupt die gesetzliche Bestimmung, daß die Existenz des Commissions-Auftrages auf Widerspruch bewiesen werden müsse, wenn aus einem Protokolle, welches noch überdieß von solchem Auftrage schweigt, eine unumstößliche Rechts-Vermuthung für das Daseyn desselben entnommen werden könnte?

Die erstrichterliche Behauptung, daß einer Richter-Person, wenn sie in Funktion sey, die Eigenschaft eines Commissärs anklebe, wage ich nicht zu bestreiten; aber die Richtigkeit dieser Behauptung tritt mir nicht entgegen, weil es eben so gewiß ist, daß ein Gerichts-Beamter nur durch die Ertheilung des Commissorium in Funktion kommen, und nur hiedurch mit Effekt einer Gerichtshandlung sich unterziehen kann.

Überdieß, sagt Judex a quo weiter, wurde das Protokoll vom 29. Dez. 1826 durch eine Gerichts-Commission aufgenommen; wie kann aber diese Thatsache einen

Grund der Entscheidung bilden, da gerade sie es ist, welche im Streite liegt?

So weit, wie der erste Richter, sind selbst meine Gegner nicht gegangen. Sie führen duplicando an, das Commissorium werde aus dem Übernahms-Protokolle hervorgehen. Dieses schweigt aber hievon gänzlich.

Ferner sagen sie: da das Testament ad conservatorium gekommen, und dieses nur dem Direktorium anvertraut sey, so sey dadurch aktenmäßig dargethan, daß die Übernahme des Testamentes aus Auftrag des Directorii geschehen. Obwohl mir diese Einwendung gehaltvoller scheint, als die erstrichterlichen Entscheidungsgründe, so ist sie nichts desto weniger unrichtig. Die Übernahme des Testamentes ad conservatorium war nothwendig eine dem von K. vorgenommenen Akte nachfolgende Handlung. Diese nachfolgende Handlung rechtfertiget nun nach den Gesetzen der Logik keineswegs einen bündigen Schluß auf einen vorgängigen Auftrag; indessen ließe sich vielleicht aus ihr eine Ratihabition entnehmen. Aber abgesehen davon, daß die rückwirkende Kraft der Ratihabition überhaupt nur von Verträgen gilt, die außerdem nichtig wären, und nicht von anderen Rechtsgeschäften, kann sie am allerwenigsten einem Geschäfte beigelegt werden, zu welchem, wie zum vorliegenden, das Gesetz eine vorgängige Vollmacht erfordert.

Im vorliegenden Falle liegt dieses schon in der Natur der Sache. Das Testamentum judiciale implicitum setzt nach seinem Begriffe voraus, daß Testator von einem vor Gericht übergebenen Papiere vor Gericht erklärt habe, daß es seinen letzten Willen enthalte.

War K. nicht kommittirt, so geschah diese Erklärung nicht vor Gericht; und so wenig irgend ein außergerichtliches Instrument dadurch, daß es ad conservatorium judiciale kam, gerichtliche Autorität erlangt, eben so wenig konnte dieses bei dem vorliegenden Testamente der Fall seyn, weil die Uebernahme ad conservatorium die vor Gericht abzugebende, aber nicht wirklich vor Gericht abgegebene nothwendige Erklärung nicht surrogiren kann.

Hieraus folgt nothwendig, daß das vorliegende Testament, da excipiendo der Commissions-Auftrag gar nicht behauptet wurde, folglich auch dem Gegentheile nicht zum Beweise auferlegt werden kann, nur als ein außergerichtliches betrachtet werden darf.

III. Was ich nun gegen das vorliegende Testament in der Eigenschaft einer außergerichtlichen Disposition vor der ersten Instanz vorgetragen habe, wiederhole ich ausdrücklich hieher; nur will ich bemerken, daß die Dupliks-Erneuerung meiner Gegner: die Gesetzesstelle **Cod. civ. p. III. cap. 3. § 5. Nro. 7.**, nach welcher die ersten zwei Gezeugen in ihrer Unterschrift melden sollen, daß der Testator seinen letzten Willen hierin enthalten zu seyn bekannt habe, verstehe sich nur von jenen Testamenten, welche den Zeugen in einem Überschlage zur Unterschrift vorgelegt werden, keineswegs in Richtigkeit bestehe; denn ausdrücklich sagt die allegirte Stelle:

„Im Übrigen ist Eins, ob die Unterzeichnung in- oder außenher auf dem Überschlage geschehe, und wenn die ersten zwei Gezeugen in ihrer Unterschrift einmal Meldung gethan haben, daß der Testator seinen letzten Willen hierin enthalten zu seyn bekannt hätte, so ist nicht nöthig, daß solches bei denen weiteren Unterschriften wiederholt werde."

Wenn schon durch die Worte „in- oder außenher" die gegner'sche Distinktion zureichend widerlegt ist, so entnimmt sich ein Gleiches aus den Anmerkungen zur genannten Stelle, wodurch zugleich die weitere gegner'sche Erinnerung, daß die Meldung nicht als eine wesentliche Förmlichkeit zu betrachten sey, deren Außerachtlassung die Nichtigkeit des Testamentes zur Folge haben könnte, als gänzlich unrichtig erscheint, indem daselbst unter Bezug auf die Pandekten-Stelle: „Adnotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit" erörtert ist, daß dieses alle Gezeugen (singuli testes) beobachten sollten, daß aber unser Codex es nur von den ersten zwei Zeugen erfodere.

Wäre diese Förmlichkeit so unwesentlich, als die Gegner meinen, so wäre schwer zu begreifen, wie das gemeine Recht sie von sämmtlichen Zeugen erfordern könnte, und wie Baron von Schmid dazu gekommen wäre, diese Differenz zwischen dem bayer'schen und gemeinen Rechte ausdrücklich bemerkbar zu machen.

Uebrigens sagt Cod. civ. p. III. cap. 3. § 2. ausdrücklich: „Zu einem gültigen und zierlichen Testamente werden — die in den Rechten vorgeschriebenen äußerlichen Zierlichkeiten — — erfordert; Alles nach mehrerem Inhalte folgender Ordnung." Und in den annot. ad cod. civ. p. III. cap. 3. § 24. Nro. 4. ist zu lesen: „Bei einem zierlichen Testamente seynd auch die in paragr. praec. 4 et 5. beschriebene äußerliche Solenitäten unumgänglich vonnöthen; dann wann es nur in einem einzigen Stück daran fehlt, so ist das Testament null."

Hienach läßt sich der Abgang, wie die Gegner glauben, auch nicht durch Beweis ersetzen.

Ich glaube nun gezeigt zu haben, daß das vorliegende Testament schon aus Mängeln der gesetzlichen Zierlichkeit weder als gerichtliches, noch als außergerichtliches bestehen kann.

IV. Im § 5. seiner Entscheidungsgründe fertiget Judex I^mae meine Behauptung ab, daß nämlich R. und A. F. in meinen Bruder mit anhaltenden und ungestümen Bitten und Sollizitationen so lange gedrungen, bis er sich zu ihren und ihrer Kinder Gunsten zu testiren herbeigelassen habe.

Er sagt unter Berufung auf die annot. ad cod. civ. p. III. cap. 2. § 5. lit. o., daß ein Bitten, Vorstellen, Ermahnen, Erinnern, Einschmeicheln und anderes dergleichen Bezeugen, wodurch man Jemanden mit guter Art zu disponiren sucht, jener vis und metus nicht gleich geachtet werde, die den freien Willen sperre; folglich sey meine deßfallsige Behauptung, wenn sie auch wahr wäre, irrelevant.

Hier hat mir Judex I^mae bei seiner Entscheidung offenbar ein Factum supponirt, welches ich nicht behauptet habe; ich habe nicht glimpfliches Bitten und Einschmeicheln, sondern

anhaltendes und ungestümes Sollizitiren behauptet, welches letztere einer Violenz gleich geachtet wird. L. c. lit. d.

Wenn ich Importunitäten behaupte, wie kann judex I^mae wissen oder annehmen, daß es nur süße Worte gewesen?

Ein weiterer Grund der Irrelevanz dieser meiner Behauptung soll darin bestehen, daß nicht A. und R. F. als Erben eingesetzt sind.

Da die Erbseinsetzung weder ihnen, noch ihren Kindern etwas geholfen hätte, wie ich zu den Vorakten unwidersprechlich dargethan habe, so mußte die Violenz nothwendig auf Einsetzung einer Persona honesta gerichtet seyn. Aus dem Gesichtspunkte dieses Caulalnexus läßt sich daher nicht behaupten, die Violenz erstrecke sich nicht auf die Erbseinsetzung. Meine Behauptung besteht darin, daß auch die Erbseinsetzung (dieses geht in specie daraus hervor, was ich von Simulation Thatsächliches vorgetragen habe) erzwungen sey, und gleichgültig ist die Person, welche den Zwang ausgeübt hat.

Außerdem müßten Testamente gültig seyn, welche Väter zu Gunsten ihrer Kinder, welche Brüder zu Gunsten ihrer Schwestern erzwungen hätten, und frei und ungescheut dürften alle Interessen walten, welche die Menschen aneinander knüpfen.

V. Über meine Behauptung, daß die Erbseinsetzung des N. Z. verstellt sey, ist Judex a quo mit Stillschweigen hinweggegangen. Abgesehen von der Einrede des Zwanges und von der Aechtheit und Zierlichkeit des Testamentes zeigt dieses ganz klar, was Testator wollte. Er wollte nämlich seinen Conkubinen und ihren Kindern sein Vermögen, oder wenigstens den größten Theil desselben zuwenden. Dieses konnte er aber nicht wollen, quia nemo cavere potest, ne leges in testamento suo locum obtineant, und weil die Gesetze bemakelten Personen gegenüber den Bruder des Erblassers als Notherben deklariren.

Um jedoch die Sache mit einem Scheine Rechtens zu überkleistern, wurde im Testamente eine Persona honesta als Erbe hingestellt. Der Testator wollte diese Persona

honesta nicht zum Erben haben, sie sollte nur das Mittel seyn zur Umgehung fataler Gesetzesstellen.

R. und A. F. wissen dieses recht gut, und auch dem R. Z. kann es nicht unbekannt seyn. Mögen sie sich doch erinnern, daß Testator längere Zeit nach Errichtung des Testamentes hierüber verschiedene Bekenntnisse abgelegt hat, ja daß über diesen Punkt sogar Briefe gewechselt worden sind.

Allerdings werde ich dieses Verhältniß beweisen müssen; aber umgangen kann es nicht werden, wie der erste Richter gethan hat; denn jedes Scheingeschäft, wenn es zur Verdeckung eines anderen Geschäftes dient, ist nichtig, wenn dieses ungültig ist. Was sollen überhaupt die Gesetze Cod. civ. p. III. cap. 3. § 13. Nro. 1 et 6. § 14. Nro. 3. und cap. 6. § 5. Nro. 1., wenn man sie nach Willkür umgehen darf?

Inventa lege inventa est fraus; damit aber das Gesetz die Oberhand behalte, geht seine durch die Vernunft gebotene und durch alle Arten von Rechtsverhältnissen wirkende Disposition dahin, daß alle in fraudem legis eingegangenen Rechtsgeschäfte bei Prohibitiv-Gesetzen ex officio, bei anderen Gesetzen auf Instanz des interessirten Theiles annullirt werden müssen.

Aus allen diesen Gründen rechtfertigt sich meine unterthänigst gehorsamste Bitte, daß das kön. Appellationsgericht reformando sent. I^mae nach meinem in der Klage vom 12. Oktober 1831 gestellten Prinzipal-Antrage gerechtest erkennen möge.

VI. Ich schreite nun zu meiner Beschwerde bezüglich der Klage, welche ich für den Fall, daß die Erbseinsetzung zu Recht bestände, auf die für R. und A. F. und ihre Kinder ausgesetzten Legate gestellt habe.

Der erste Richter sagt, die Stellung der Frage, ob die Legate gültig seyen, komme nicht mir, sondern den instituirten Erben zu.

Dieser Satz, so wie der nachfolgende, in welchem, sonderbar genug, von einem Contradictor legitimus die Rede ist, als ob man noch in possessorio versirte, ist aus den Entscheidungsgründen zu dem vom kön. Appellationsgerichte in

puncto immissionis ex lege ult. cod. de edictis divi Hadriani tollendo gefällten Erkenntnisse abgeschrieben.

Was in possessorio Rechtens ist, ist es nicht nothwendig in petitorio; wozu sollte denn Letzteres sonst dienen?

Allerdings besteht die allgemeine Regel, daß eine vacirende Erbs-Portion, so wie auch ein vacirendes, ohne Conjunction nachgelassenes Legat der nicht vacirenden Erbs-Portion accrescire; allein, wenn mit dieser allgemeinen Regel die ganze Lehre vom Concurrenz-Rechte erschöpft wäre, wenn man sie nicht in stäter Berücksichtigung aller das Erbrecht umfassenden spezielen Gesetze anzuwenden hätte, so ließe sich die Menge von Dissertationen über diese Rechts-Materie, so ließe sich nicht erklären, warum man sie, wie Baron von Kreithmayr sagt, crucem jurisconsultorum zu nennen pflegt.

Ich werde bei Ausführung dieser Beschwerde am gehörigen Platze von den vielen Ausnahmen von dieser Regel sprechen; jetzt aber der Ordnung wegen mein Klagerecht mit kurzer Anführung dessen, was ich bereits vor der ersten Instanz vorgetragen habe, einem hohen Gerichtshofe deduziren.

Daß uneheliche Kinder im Testamente ihres Vaters weder zu Erben eingesetzt, noch mit Legaten bedacht werden können, ist Cod. civ. p. III. cap. 3. § 13. Nro 1 et 6. klar ausgesprochen.

Daß R. und A. F. zu den bemakelten Personen eben so, wie ihre Kinder, gehören, habe ich genugsam erörtert. Was dagegen duplicando vorgetragen wurde, ist unerheblich; denn nicht deßhalb, weil sie im außerehelichen Stande Kinder geboren, habe ich sie den bemakelten Personen beigezählt, sondern deßhalb, weil sie beide mit dem Testator im Konkubinate, und sofort als Schwestern in Blutschande gelebt haben.

Bemakelte Personen können beim Vorhandenseyn eines Bruders des Testators weder zu Erben eingesetzt, noch mit Legaten bedacht werden. Cod. civ. p. III. cap. 3. § 14. Nr. 3. und cap. 6. § 5. Nr. 1.

Richtig ist also, daß die genannten vier Personen die ihnen ausgesetzten Legate nicht empfangen können. Nun ent-

steht die Frage, wer sie statt ihrer empfange, ich oder der eingesetzte Erbe, und dieß ist die eigentliche Streitfrage.

Ich behaupte nun, meine Berechtigung liege darin, daß diese Personen nur secundum quod intestabel seyen, daß das Gesetz diese Intestabilität nur zu Gunsten der Brüder und Schwestern verordnet habe, und daß also nur diesen die ungültigen Legate zufallen können.

Dagegen behauptet der instituirte Erbe, vakante Portionen und Legate accresciren dem Erben, und keiner andern Person, weil sich sonst der Casus testati et intestati ergäbe, welchen die Gesetze nicht zulassen.

Dieses ist, glaube ich, in nuce der rechtliche Standpunkt unserer beiderseitigen Ansprüche.

Ehevor ich nun meine Berechtigung näher beleuchte, sehe ich durch den § 6. der erstrichterlichen Entscheidungsgründe, so wie durch die Dupliks-Erinnerung bezüglich der hier anzuwendenden Gesetze Folgendes zu äußern mich bemüssiget.

Faßt man den Grund unserer beiderseitigen Ansprüche in das Auge, so überzeugt man sich gar bald, daß meiner Gegner Anspruch auf allgemeine Rechts-Regeln, die verschiedene Ausnahmen zulassen, der meinige dagegen auf einer im Texte des bayer'schen Landrechtes vorkommenden und in ihrer Ratio unzweifelhaften specielen Disposition beruhe. Daß einer solchen das allgemeine Gesetz ausweicht, ist bekannten Rechtens.

Der Vorwurf, den mir meine Gegner machen, daß ich nämlich, um meine Klage zu begründen, meine Zuflucht zum gemeinen Rechte und resp. zu Glück's Pandekten-Kommentar, dann zum ältern bayer'schen Landrechte genommen habe, ist sehr ungerecht.

Aus Glück's Pandekten-Kommentar habe ich eine einzige Stelle entnommen, welche davon handelt, wie der Satz: „Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest," richtig aufzufassen sey.

Wenn es nun in Baron von Kreithmayr's annot. ad cod. civ. P. III. cap. 3. § 9. Nro. 4. bezüglich dieses Satzes heißt: „Man mißkennt nicht, daß dieses eine bloße römi-

sche Subtilität sey, welche ausgemustert zu werden verdient hätte; deßungeachtet läßt es unser Cod. Nr. 4. dabei bewenden, weil sich hieran Nichts hätte reformiren lassen, ohne den langen Schweif, welcher daran hängt, gleichfalls mit wegzuschneiden,"

so wird mir wohl erlaubt seyn, den ersten Commentar des römischen Rechtes für die Interpretation dieser Rechts-Regel aufzuführen; und wenn dieser überdieß nicht selbst spricht, sondern berühmte römische Juristen, wie Thryphonin, Cujaz und Papinian redend einführt, so wird man mir nicht einreden können, daß ich ohne Autorität gesprochen, und eine Verdollmetschung des genannten Satzes aus der Luft gegriffen habe.

Römische Rechtssätze müssen offenbar aus römischen Juristen erläutert werden; wer aber verlangt, daß man einen Satz, den das bayer'sche Landrecht aus dem römischen Rechte entlehnt hat, aus diesem, und nicht aus jenem interpretire, verlangt zugleich, daß man das Pferd von hinten aufzäume.

Da ich außerdem aus dem gemeinen und resp. römischen Rechte schlechterdings keine Citation entnommen habe, so kann ich auch nicht begreifen, was der § 6. in den erstrichterlichen Entscheidungs-Gründen bedeuten soll, wo gesagt wird, daß das gemeine Recht nur in subsidium diene, wenn das bayer'sche Landrecht in seiner klaren Bestimmung nicht ausreicht.

Auf diese Satzung habe ich mich replicando selbst berufen, und mich gegen Anwendung des gemeinen Rechtes bezüglich der im Punkte der Legate vorschwebenden Hauptfrage ausdrücklich verwahrt, und zwar mit Recht, weil das gemeine Recht in diesem Punkte controvers, diese Controverse aber im bayer'schen Rechte gehoben ist. Das ältere bayerische Land-Recht entscheidet die vorliegende Frage so ganz klar zu meinen Gunsten, daß auch dem größten Skeptiker nicht der mindeste Zweifel verbleiben kann.

Wenn es nun wahr ist, daß das ältere Landrecht die nächste Quelle des jetzt geltenden Landrechtes ist, wie das Promulgations-Patent vom 2. Jänner 1756 ausdrücklich her-

kommen läßt, wenn ferner Kreithmayr's Anmerkungen sich an der fraglichen Stelle auf dieses ältere Landrecht nicht nur beziehen, sondern dessen Disposition wörtlich wiederholen, und sich zugleich auf Baron Schmid's Commentar berufen, so verdiene ich doch wahrhaftig den Vorwurf nicht, meine Rechts-Deduction sey so abgefaßt, als bestünden das ältere und neuere Landrecht neben einander, um so minder, als man mir das neuere Landrecht und Baron von Kreithmayr's Annotationen nicht gelten lassen will, und ich daher gezwungen bin, den Quellen derselben näher zu treten.

Mögen doch meine Gegner bedenken, daß auch sie zu den Kreithmayr'schen Anmerkungen Zuflucht genommen haben. Eine Hauptstelle ihrer Vertheidigung (Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 3. § 13. Nr. 7. lit. b., auf welche ich später zurückkommen werde) ist sie nicht aus dem römischen Rechte und aus Baron Schmid's Commentar entnommen?

Wo sich verschiedene Stellen in dem Commentare eines so berühmten Mannes, wie Baron von Kreithmayr, wenigstens scheinbar, widersprechen, möchte es doch wohl der Mühe lohnen, die Sache näher zu prüfen und gelehrten Autoritäten ihr Recht widerfahren zu lassen, anstatt, wie der erste Richter gethan hat, zu sagen: „Die Legate gehören dem instituirten Erben; die Sache ist klar."

Gründe hat er wahrhaftig nicht angegeben.

Nachdem ich nun die Aufführung der für mich sprechenden Autoritäten gerechtfertiget habe, gehe ich zur eigentlichen Streitfrage über.

Ich wiederhole aus **Cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. Nr. 3., und cap. 6. § 5. Nro. 1.**, daß beim Vorhandenseyn eines Bruders des Testators bemakelte Personen weder zu Erben eingesetzt, noch mit Legaten bedacht werden können.

Die Annotationen zur ersten Stelle lauten wirklich dahin, „Collateral-Befreundte sind keine Noth-Erben, ausgenommen Brüder und Schwestern in dem Falle, wenn Persona turpis im Testamente bedacht wird. Unser bayer'sches Landrecht erklärt eine solche Erbsatzung oder Vermächtniß ganz und gar ungültig, legt sohin Alles, was Personae

turpi zu Gutem verordnet ist, den Geschwistern bei, ohne Unterschied, ob dieselben im Testamente bedacht sind, oder nicht."

Deutlicher kann man wohl nicht mehr sprechen. Diese nämlichen Annotationen sagen auch unter Bezug auf das ältere Landrecht, daß die Querel zu Gunsten der Geschwisterte angeordnet ist, und es liegt daher in der Natur der Sache, daß nur sie es sind, welchen ungültige Legate zufallen können.

Um Wiederholungen zu vermeiden, beziehe ich mich nun auf Alles dasjenige, was ich bezüglich dieser Frage und der **Ratio legis** aus Baron Schmid's Commentar in der Replik vorgetragen habe, hier will ich mich begnügen, aus Rechts-Analogien zu zeigen, daß alles Dasjenige, was Personen, welche nur **intestabiles secundum quid** sind, verschafft wird, jenen Personen zufalle, **respectu** welcher sie **intestabel** sind. **Intestabiles secundum quid** sind nach **Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 3. § 12. Nr. 4.**

a) Eheleute der zweiten Ehe, so weit die **Poenae secundarum nuptiarum** bei ihnen einschlagen.

Bezüglich dieser verordnet nun **Cod. civ. P. I. cap. 6. § 47. Nr. 3.**, daß ein Ehegatte, der sich abermals verehelichet, von seinem Vermögen dem neuen Ehegatten für seine Person kein Mehreres, als was ein Kind voriger Ehe bekommt, zuwenden kann, und soll allenfalls solcher Überschuß unter denen Kindern voriger Ehe vertheilt werden.

b) So lange nach älteren Gesetzen die Leibeigenen intestabel waren, waren sie es **respectu** ihrer Herrschaft. Was ihnen in einem Testamente verschafft wurde, accrescirte nicht den Erben oder Miterben oder Collegatarien, sondern der Herrschaft, weil sie nur **respectu** dieser intestabel waren. **Cod. civ. P. III. cap. 3. § 12. Annot. Nr. 4.**

c) Ein dritter Fall betrifft die Ordens-Geistlichen. Sie sind **intestabiles respectu** des Klosters, und was ihnen **mortis causa** zugedacht wird, gehört nicht ihnen, aber auch nicht dem Collegatar, sondern fährt wie ein Blitz auf das Kloster hinüber **l. c. Nr. 5.**

Außer diesen drei Fällen der Intestabilität secundum quid kommen in der allegirten Stelle nur noch die unehelichen Kinder und bemakelte Personen in Concurrenz mit Testators Geschwistern vor.

Bezüglich dieser ist sich auf die Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 3. § 14. Nr. 5. lit. b. bezogen, wo nämlich gesagt wird, daß ihre Portionen den Geschwistern gehören.

Hieraus resultirt zur vollen Evidenz, daß Derjenige, respectu dessen der Andere intestabel ist, gesetzlich als Substitut für des Letzteren Portion betrachtet werden muß, und daß daher bei der Intestabilitas secundum quid von einem Accrescenz-Rechte, weil dieses nur in Ermangelung von Substituten Statt findet, keine Rede seyn kann.

Hiedurch ist auch aller Effect beseitiget, welchen sich die Gegner von den Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 13. Nr. 7. lit. 6. und cap. 6. § 16. Nr. 1. lit. c. versprechen mögen.

Diese Stellen, deren erstere aus Baron Schmid's Commentar erholt ist, zeigen ganz deutlich, daß sie nur als allgemeine Regeln zum Accrescenz-Rechte ohne Rücksicht auf Ausnahms-Fälle gelten können; wie wäre sonst möglich gewesen, daß Baron Schmid, der, wie gesagt, diese Regeln gleichfalls annimmt, da, wo er von den Rechten der Geschwisterte gegen das Testament des Bruders oder der Schwester insonderheitlich spricht, sich hätte so sehr vergessen, und sagen können, daß Alles, was bemakelten Personen *quocunque titulo mortis causa* verschafft wurde, den Geschwistern zufalle, und tanquam res aliena (als eine Sache, für welche ein gesetzlicher Substitut besteht) dem Erben nicht accresciren.

Darüber, sagt Baron Schmid, sind alle Gelehrten einig. Ich glaube daher, annehmen zu dürfen, daß das königliche Appellationsgericht den Satz in den Entscheidungs-Gründen zu dem in puncto immissionis am 16. August 1828 gefällten Erkenntnisse: „daß die Stellung der Frage, ob die genannten Personen mit Legaten bedacht werden konnten, nur dem instituirten Erben zukomme," ohne alles Präjudiz für den petitorischen Prozeß ausgesprochen habe.

Vor dem Richter erster Instanz, der im petitorischen Prozesse sogar von einem Contradictor legitimus spricht, war in dieser Beziehung freilich kein Heil zu finden; getrost aber blicke ich der Entscheidung des hohen Gerichtshofes entgegen, der nicht verkennen wird, daß dieser Satz, so richtig er, wie ich mich selbst überzeugt habe, in possessorio angewendet ist, eben so unrichtig zur Entscheidung der jetzt vorliegenden Streitsache angewendet wäre.

In possessorio durfte auf die jetzt zur Sprache gekommenen besonderen Sachverhältnisse nicht eingegangen, es mußte bei der allgemeinen Regel stehen geblieben und erwartet werden, welche Thatsachen mir zu Gebote ständen, um eine Abweichung rechtlich zu begründen.

Daß die von mir aufgeführten drei Fälle das Accrescenz-Recht ausschließen, wird man mir eben so wenig widersprechen können, als daß es deren Fälle noch eine Menge gibt, von denen ich beispielsweise nur einen der bekanntesten aufführe, welcher nämlich dafür besteht, daß der königl. Fiskus von der Portion, welche einem Unwürdigen bestimmt wurde, den Miterben und Collegatar ausschließt, obwohl auch von diesem fiskalischen Rechte in den ausschließend vom Concurrenz-Rechte handelnden Gesetzes-Stellen **P. III. cap. 1. § 16. et cap. 6. § 13.** nicht die mindeste Erwähnung geschieht, sondern hierüber an einer ganz anderen Stelle, nämlich **cap. 1. § 20.** gehandelt wird.

Nachdem ich nun von Seite des Accrescenz-Rechtes für meine Ansprüche Nichts zu befürchten haben werde, übriget mir nur noch, den mir entgegen gestellten Satz: „**Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest,**“ näher zu beleuchten.

Ich will hier alles Dasjenige umgehen, was ich in der Replik über diesen Satz aus Baron Schmid's Commentar gesagt habe, und was haarklein auf den vorliegenden Fall paßt, ich will mich auf Alles dieses nur beziehen, aber dabei festhalten an der Behauptung, daß dieser Satz in einem anderen Sinne, als ich aus Glück's Pandekten-Commentar angeführt habe, nicht aufgefaßt werden dürfe.

Dafür spricht schon die wörtliche Übersetzung; denn Testatus heißt Einer, der ein Testament errichtet, und Intestatus Einer, der ein Testament nicht errichtet hat.

Daß auch das bayer'sche Landrecht die erwähnte Regel in diesem und in keinem anderen Sinne aufgenommen hat, sey mir vergönnt, hier näher auszuführen.

In den Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 3. § 9. Nro. 4. lit. c. heißt es:

„Indessen ist obverstandene Regel: Quod nemo pro parte etc. nicht ohne Limitation, sonderbar in testamento militari et ad pias causas, wie auch nach Meinung verschiedener Publizisten in testamentis principum. Dahingegen bleibt sie *in casibus non exceptis* festgestellt. Hieraus folgt doch mit eiserner Consequenz, daß diese Regel jedesmal ausweicht, so oft man aus den Gesetzen zeigen kann, daß irgend ein Theil einer Erbschaft dem, welcher damit im Testamente bedacht worden, nicht, sondern statt seiner dem Intestat-Erben gehöre.

Habe ich nun gezeigt, daß die fraglichen Legate mir nach dem Gesetze zufallen, so kann die vorwürfige Rechts-Regel nicht als etwas diesem Gesetze Entgegenstehendes in Erwägung gezogen werden, weil sie in solchem Falle ausweicht, weil nirgends erfodert wird, daß sie ausdrücklich im Gesetze ausgenommen seyn müsse, und weil sie überhaupt nur *regulariter* gilt.

Ganz unrichtig ist daher der gegner'sche Einwand, daß eine Ausnahme von dieser Rechts-Regel (wenn man sie nämlich nach gegner'scher Ansicht so auffaßt, daß sich der Casus intestati auch ex post nicht ergeben dürfe) nur in testamento militari et ad pias causas Statt finde; denn der Ausdruck „sonderbar" in der ausgehobenen Stelle der Anmerkungen dient offenbar nur zur Exemplification. Ich will dieses nicht nur behaupten, sondern dadurch nachweisen, daß ich andere gesetzlich begründete Ausnahmen dieser (also aufgefaßten) Rechts-Regel hier anführe.

a) Wenn ein Testament wegen ungesetzlicher Enterbung null ist, so bestehen dennoch die Legate ꝛc., und nur das

Punctum institutionis wird umgestossen. Cod. civ. P. III. § 24. Nr. 3.

b) Wenn ein inoffiziöses Testament ein Universalfideicommiß in sich hält, so kann der Intestat-Erbe nur legitimam et trebellianicam erfechten. Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 3. § 16. Nr. 21. lit. e.

c) Wenn es einem Testamente nur an äußerlichen Requisiten, oder auch mit Ausnahme des Requisiti voluntatis vel testabilitatis activae et passivae an anderen innerlichen Requisiten gebricht, so bleiben Legata pia Nichts desto weniger bei Kraft. Cod. civ. P. III. cap. 3. § 24. Nr. 3.

Wer wird nun läugnen wollen, daß in allen diesen drei Fällen die Sache theilweise ad casum intestati gebracht wird, und dennoch hat in keinem dieser drei Fälle das Gesetz ausdrücklich der Rechts-Regel: „Quod nemo pro parte etc.“ erwähnt. Selbst in dem vom Gegner angezogenen Falle eines Testamenti ad pias causas, wo nämlich eine Causa pia als Erbe eingesetzt ist, hat das Gesetz diese Regel nicht ausdrücklich ausgenommen, und nur in den Annot. ad cod. civ. P. III. cap. 4. § 5. Nr. 5. ist *per indirectum* diese Ausnahme aus dem Gesetze gezeigt, indem es nämlich daselbst heißt, die Bestimmungen des Testamentes ad pias causas kommen aus dem canonischen Rechte, und es findet daher die genannte Rechts-Regel, welche lediglich auf römischem Rechte beruht, keinen Platz.

In dem Falle, wenn eine Causa pia mit einer persona coinstituirt ist, und das Testament nicht zugleich die Erfodernisse eines unprivilegirten enthält, wird die persona profana *pro non scripta* gehalten, jedoch ihr Antheil accrescirt nicht der Causa pia, sondern dem Intestat-Erben, l. c.

In dem von mir sub lit. 6. aufgeführten Beispiele hat man gleichfalls Testaments- und Intestat-Erben neben einander; sollten hier nicht dieselben Regeln vom Accrescenzrechte gelten, welche überhaupt nicht Statt finden, so oft man zeigen kann, daß der casus testati et intestati ex post eintreten dürfe? Cod. civ. P. III. cap. 4. § 4. Nr. 4. per verba „und hat folglich das jus accrescendi nicht Statt.“

Überhaupt läßt sich als Regel annehmen, daß der Casus testati et intestati ex post eintreten dürfe, so oft ein Testament nur zum Theile rescindirt wird, und wer dieses widerspricht aus Respekt vor genannter Rechts-Regel, der behauptet zugleich, daß eine theilweise Rescission eines Testamentes niemals Statt finden könne.

Hiedurch glaube ich nun hinreichend gezeigt zu haben, daß die erwähnte Rechts-Regel meinen Ansprüchen nicht im Wege stehe, und daß sofort, weil die Lehre vom Accrescenz-Rechte nur auf dieser Regel beruhet, genanntes Recht dem N. Z. nicht zu Hülfe kommen kann, daß vielmehr die fraglichen Legate nur mir, als Demjenigen, respectu dessen sie ungültig sind, zufallen können.

Ich stelle daher, falls meinem Principal-Antrage nicht Statt gegeben werden könnte, die unterthänigst gehorsamste Bitte, nach meinem in der Klage vom 12. Okt. 1831 gestellten Eventual-Antrage gerechtest zu erkennen.

VIII. Das Erkenntniß im Kosten-Puncte gravirt mich gleichfalls, und die merita causae rechtfertigen genugsam meine Beschwerde; nachdem aber einmal dem Gerichte erster Instanz mein Unrecht so ganz klar vorgeschwebt ist, so sehe ich mich gleichwohl genöthiget, meinen Antrag auf Compensation zu stellen.

Indem ich alles Gegentheilige widerspreche, meinen Klags- und Repliks-Vortrag ausdrücklich hieher wiederhole, und mir alle Rechte vorbehalte, verharre ich ehrfurchtvollst ꝛc.

IV.

Erkenntniß IIdae.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appellationsgericht *** in der Streitsache des N. Y. gegen den N. Z. und Conf. wegen Nullität eines Testamentes unter Abänderung des erstrichterlichen Erkenntnisses vom 21. Jänner v. J. zu Recht:

1) Kläger habe binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen:

a) daß sein verstorbener Bruder mit den Schwestern R. und A. F. im Concubinate gelebt habe, und

b) daß die Einsetzung des N. Z. als Erben im Testamente des Tz., so wie die Substitution des F. nur zu dem Ende geschehen sey, um den Nachlaß den beiden Schwestern R. und A. F., und deren unehelichen, von dem Erblasser erzeugten zwei Kindern erbweise zuzuwenden.

2) Susp. expens. I^mae compensat. II^dae.

Gründe.

ad 1) Kläger bestreitet den letzten Willen seines am 2. Aug. 1827 verstorbenen Bruders, worin N. Z. als Erbe instituirt, demselben F. substituirt, und den mit zwei Schwestern erzeugten zwei unehelichen Kindern des Erblassers und den beiden Schwestern selbst namhafte Legate ausgeworfen wurden. Kläger erklärt den letzten Willen vom 21. Dez. 1826 als ungültig:

a) weil derselbe weder die Eigenschaft eines gerichtlichen, noch

b) die eines außergerichtlichen Testamentes besitze; —

c) weil hierin weder der freie, noch

d) der wahre Wille des Testators enthalten sey;

e) endlich bestreitet Kläger mit der Condictio ex lege die Gültigkeit der oben berührten Legate.

Richter I^mae hat am 21. Jänner v. J. fragliches Testament für gültig erklärt, und Kläger erhebt nunmehr seine Klage-Gründe zu Beschwerde-Punkten, die nach obiger Reihefolge in nachstehender Weise beurtheilt werden.

ad a) In der Klage wird behauptet, der königl. Kreis- und Stadtgerichts-Rath K., welchem der letzte Wille am 29. Dez. 1826 vom Erblasser verschlossen vor Gericht übergeben worden war, habe zur Übernahme kein Commissorium gehabt, wohl aber dessen bedurft, weil das kön. Kreis- und Stadt-

gericht eine Obrigkeit sey, die aus einem Senate, und nicht aus einer einzigen Person besteht, somit falle die gerichtliche Auctorität des erwähnten Testamentes zusammen.

Faßt man den Inhalt des bei der Übernahme desselben abgehaltenen Protokolles näher in's Auge, so ist hierin allerdings eines Commissorium mit keiner Sylbe erwähnt, wohl aber ist als eine unbestrittene Thatsache anzusehen, daß fragliches Testament nach erfolgter Übergabe in conservatorio judiciali hinterlegt worden sey.

Zur Vernichtung des kläger'schen Assertes führte der beklagte Testament-Erbe an, diese Einrede sey schon rechtskräftig in dritter Instanz verworfen worden, und er widerspreche das Vorbringen des Klägers, daß ein Commissorium nicht bestanden habe.

Somit entsteht die Frage, ob es hierüber zu einer Beweis-Auflage kommen müsse, oder ob nicht allenfalls die Gesetze hierüber, wie Richter I^mae angenommen hat, den Ausschlag geben.

Denn von einer aus dem Immissions-Streite hergeleiteten Rechtskraft in diesem Punkte kann um so weniger hier eine Rede seyn, als es sich in den Erkenntnissen jenes possessorischen Streites lediglich darum gehandelt hat: ob die Disposition des Tz. vitia visibilia an sich trage, nicht aber, ob der damalige Kreis- und Stadtgerichts-Rath, welcher sich der Testaments-Übernahme unterzog, hiezu committirt gewesen.

Die Nichtexistenz des Commissorium war aus dem Protokolle nicht zu ersehen, und darum eignet sich dieser Punct allerdings zur Anregung und Beurtheilung in petitorio.

Prüft man nun die einschlägigen Gesetzesstellen näher, so ergibt sich folgendes Resultat.

Die Auf- oder Übernahme eines Testamentes ist rein ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und zwar von jener Gattung, welche nur eine vorläufige Imploration erfodert.

Cod. civ. P. III. c. 4. § 2. Nr. 4.

Sie kann von jedem Richter, auch von dem incompetenten, vorgenommen werden, wenn er nur sonst juris-

dictionem baſſam et ordinariam proprio vel admiſtratorio nomine exerciret.

Loc. cit. Nr. 5.

Die in einem Senate beſtehenden Obrigkeiten mögen ſtatt ihrer jemand Anderen hiezu committiren.

L. c. Nr. 9.

Die Anmerkungen zu dieſen Geſetzes-Stellen enthalten ſub. Nr. 4.: Die Obrigkeit nehme das Teſtament nicht allemal ſelbſt auf, ſondern pflege ſolches öfter p. Commiſſionem zu thun, — dann obſchon die Teſtaments-Übergabe vor geſeſſenem Rathe zu geſchehen pflege, ſo werde ſolches doch nicht aller Orten mehr praktizirt, und könne auch oft nicht wohl ſeyn. Ex propria auctoritate könne ſich aber Niemand pro commiſſario geriren, und der Commiſſions-Auftrag müſſe alſo auf allenfallſigen Widerſpruch ex actis oder ſonſt genugſam erwieſen ſeyn; — ferner ſagen ſie in Nr. 6., man pflege gerne die Teſtamente bei ganzen Corporibus in plena ſeſſione, oder wo ſolches nicht üblich, wenigſtens in einem Nebenzimmer *coram commiſſione* zu übergeben, es ſeye dann Teſtator Krankheits- oder anderer Hinderniſſe halber in loco judicii perſönlich zu erſcheinen nicht im Stande, welchen Falls man ihn ad implorationem in ſeiner Wohnung *per commiſſarios* beſchickt, und das Teſtament alldort von ihm übernehmen läßt.

Demnach unterſcheidet das Geſetz zwiſchen Teſtaments-Übernahme in- oder außerhalb des Gerichts-Locales, und verordnet im letzteren Falle, daß die Übernahme von einem Commiſſär des aus einem Senate beſtehenden Gerichtes zu geſchehen habe. Nun iſt aber Teſtator mit ſeinem verſchloſſenen letzten Willen ſelbſt vor Gericht erſchienen, die Ernennung eines Commiſſärs war ſohin nicht de neceſſitate, und der daſelbſt anweſende Kreis- und Stadtgerichts-Rath konnte daher als Richter und Gerichts-Mitglied, als welcher er ohnehin die Praeſumptio juris für ſich hatte, unter Beiziehung eines verpflichteten Actuars das Teſtament auf Implo-ration übernehmen, ohne daß es eines beſonderen Commiſſorium bedurfte; dieſer Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit

ist daher als rechtsförmlich vorgenommen zu erachten, und erhielt vollends durch die nachher erfolgte, von keiner Seite in Widerrede gezogene oder beanständete gerichtliche Conservirung des Testamentes die Ratihabirung von Seite des Gerichtes selbst.

Sonach erscheint der Beweis des Commissorium, wie solcher eventuel vom Appellanten beantragt wurde, als überflüssig, der letzte Wille ist als ein gerichtlicher anzusehen, und es kann sich

ad b) um die Prüfung dessen nicht mehr handeln, was Kläger gegen die äußerliche Zierlichkeit des in Frage stehenden Testamentes in der Eigenschaft eines außergerichtlichen letzten Willens vorgebracht hat.

ad c) Kläger stellt rücksichtlich der inneren Requisiten eines Testamentes die Behauptung auf, daß die beiden Schwestern A. und R. F. in seinen Bruder mit anhaltenden und ungestümen Bitten und Sollicitationen so lange gedrungen seyen, bis er sich zu ihren und ihrer Kinder Gunsten zu testiren herbeigelassen.

Der Beklagte erklärte dagegen dieses Assert als irrelevant und unwahr. Ein letzter Wille kann als ein freier nicht gehalten werden, wenn die Disposition mit Gewalt und Furcht erzwungen wurde. Dieses sind die Worte des Gesetzes in Cod. civ. P. III. c. 2. §. 7. Zwang ist also das Hauptmerkmal der Ungültigkeit. Erwägt man nun, daß ein solcher vom Kläger nicht einmal behauptet wurde, ja daß er selbst keine Thatsache angeführt hat, woraus eine einer Violenz gleichkommende Importunität abgeleitet werden könnte, daß vielmehr sein Assert mehr als Folgerung-Schluß aus solchen Thatsachen zu betrachten ist; erwägt man ferner, daß, wenn auch die Anmerkungen zu obiger Gesetzes-Stelle von einer solchen Violenz sprechen, dieselben keine Gesetzeskraft besitzen und der Richter sich in spezielen Fällen immer nur an den Buchstaben des Gesetzes zu halten hat, auch bei unterlassener Anführung von Thatsachen dem Gegner das Recht, zu excipiren, benommen wäre, so er-

scheint die Klage in diesem Punkte nicht gehörig substanzirt, und es kann sonach hierauf nicht weiter eingegangen werden.

ad d) Das weitere Klage-Fundament, als beruhe das Testament auf einem Schein-Geschäfte, wurde vom Richter Imae gleichfalls als unstichhaltig verworfen, und ist nun nicht minder Gegenstand der Berufung.

Kläger sucht seine Behauptung in folgenden factischen Verhältnissen zu begründen, nämlich:

R. und A. F. seyen leibliche Schwestern, und hätten beide gleichzeitig mit dem Testator im Konkubinate gelebt, welches selbst in der Ehe desselben fortgedauert, während welcher der Sohn der R. erzeugt worden.

Hiedurch seyen beide Schwestern mit dem Erblasser im ersten Grade kanonischer Komputation verschwägert, und dieses Konkubinat daher nicht nur ein incestuoses, sondern auch ehebrecherisches.

Beide Schwestern, so wie ihre Kinder gehörten daher unter die bemakelten Personen.

Gleichwie nun bemakelte Personen beim Vorhandenseyn eines Bruders vom Testator nicht als Erben eingesetzt werden könnten, und den unehelichen Kindern im Verhältnisse zu ihrem natürlichen Vater die passive Testabilität gänzlich gebreche, so hätten die Erbschleicherinen auf Umgehung des Gesetzes bedacht seyn müssen, und so sey es gekommen, daß N. Z. als Erbe eingesetzt, und ihm F., Bruder der beiden Konkubinen substituirt worden sey, welche aber die besondere Verbindlichkeit übernommen, die Erbschaft den eigentlichen aber maskirten Erben, nämlich den beiden Konkubinen und deren Kindern hinüber zu geben. Die Erbseinsetzung und Substitution sey daher zum Scheine und in fraudem legis geschehen.

In der Berufung führt Kläger an: mögen sich die Gegner doch erinnern, daß Testator längere Zeit nach Errichtung des Testamentes hierüber verschiedene Bekenntnisse abgelegt, ja, daß über diesen Punkt sogar Briefe gewechselt worden seyen.

Gleichwie nun schon nach den Grundsätzen über Verträge zu einem rechtsbeständigen Kontrakte unter andern ein wah-

rer, ein ernstlicher Konsens erfordert wird, und simulirte und zum bloßen Scheine gemachte Kontrakte nicht in Gültigkeit bestehen, Cod. civ. p. IV. c. 1. § 5. Nro. 2. et in not. Nro. 4., so wird auch zu jedem letzten Willen nach p. III. c. 2. § 3. Nro. 4. et § 7. l. c. ein wahrer Wille erfordert.

Wird daher ein Testament in der Absicht errichtet, um den Nachlaß zum Nachtheil der gesetzlichen Successoren gesetzlich unwürdigen oder ausgeschlossenen Personen zuzuwenden, so ist ein solcher zwar letzter, aber nicht wahrer Wille, nichtig. L. c. in not. lit. b.

Prüft man im vorliegenden Falle nach Lage der Akten die besonderen Verhältnisse, so erhellet aus denselben allerdings kein Grund, aus welchem vom Testator N. Z. zum Erben berufen, und ihm in gleicher Eigenschaft F. substituirt worden seyn mag.

Immerhin bleibt aber schon auffallend, daß den beiden Schwestern N. und A. F. und deren zwei unehelichen Kindern Vermächtnisse im Gesammtbetrage zu 16,000 fl. zugedacht wurden, während die Masse dem im Jahre 1830 errichteten Inventare zufolge nur in circa 20,000 fl. besteht, so daß dem Erben nicht einmal die gesetzliche Quart frei bleiben kann, und hieraus die Vermuthung entspringt, daß Testator auf genannte Personen vorzüglichen Bedacht zu nehmen beabsichtiget habe. Nun ist ferner aus den Akten klar,

a) daß das jüngste Kind theils wegen des durch den vorausgegangenen Beischlaf des Testators mit der Schwester der Mutter begründeten Schwägerschafts-Verhältnisses, theils beide uneheliche Kinder wegen des Umstandes, daß des Testators Ehegattin zur Zeit ihrer Erzeugung sich noch am Leben befand, ex damnato coitu herrühren, Cod. civ. p. I. c. 4. § 6. Nro. 4. c. 6. § 9. Nro. 4. et in notis Nro. 4. und c. 3. § 2. Nro. 6., und daß dieselben also beim Daseyn eines Bruders nicht zu Erben eingesetzt werden konnten, l. c. p. III. c. 3. § 13. Nro. 1. und § 14. Nro. 3., in not. Nro. 5. lit. a et e., — und

b) daß auch ihre Mütter durch das Konkubinats-Verhältniß zu dem Testator gleichfalls als bemakelte Personen

erscheinen, l. c. und als solche bei dem Vorhandenseyn eines Bruders ebenfalls nicht hätten instituirt werden können.

Wenn daher dem N= Z. oder dessen Substituten die Erbschaft in der Absicht zugedacht worden war, um hiedurch das Gesetz zu umgehen, und auf diesem Wege den Nachlaß jenen sub a. et b. bezeichneten Individuen zum Nachtheile des gesetzlich Berufenen zuzuwenden, so kann die Ungültigkeit eines solchen letzten Willens keinem Zweifel unterliegen.

Dieses ist es aber gerade, was vom Kläger behauptet, vom Beklagten aber widersprochen wird. Dieser Widerspruch macht, um die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testamentes, resp. das Vorhandenseyn eines wahren oder nur verstellten Willens vermitteln zu können, die Beweis=Auflage nothwendig, welche sich auch auf das vom Beklagten nicht zugestandene Konkubinats=Verhältniß der beiden Schwestern zum Erblasser erstrecken muß.

ad e) Nachdem über die vom Appellanten bestrittene Gültigkeit des Testamentes dermalen vorstehendem Interlokute gemäß noch nicht definitiv entschieden werden kann, und im Falle einer Ungültigkeits=Erklärung die condictio ex lege von selbst cessiren, und der Gesammt=Nachlaß auf den Intestat=Erben übergehen würde, so eignet sich fragliche Condictio zur Zeit noch nicht zur richterlichen Würdigung, und bleibt diese bis zum seinerzeitigen Endurtheile ausgesetzt.

ad 2) Bei der interlokutorischen Natur dieses Erkenntnisses eignen sich die Kosten I^mae zur Suspension, die II^dae aber ob reformatoriam zur Kompensirung.

Am 7. Jänner 1835.

(Fortsetzung folgt.)

Erkenntnisse

aus

dem Merkantil- und Wechsel-Rechte.

1.

Merkantilfähigkeit der Kaffeeschenken.

Unter Negotianten werden auch alle jene verstanden, welche ein berechtigtes Gewerbe, d. h. (im Gegensatze zu Handwerken) welche mit ihren Fabrikaten offenen Verkehr oder Handel treiben.

Kaffeschenken müssen unter die berechtigten Gewerbsleute oder Negotianten gerechnet werden, da sie ihr Fabrikat zum offenen Verkaufe bereiten.

Das kön. Wechsel- und Merkantil-Gericht erster Instanz in München hat in der Streitsache des Handelsmanns J. F. P. dahier, Klägers, gegen J. S. U. Kaffetier daselbst, Beklagten, wegen Merkantilschuld-Foderung auf umständlich erstatteten Vertrag für Recht erkannt, daß der Beklagte nicht schuldig sey, auf die gegner'sche Klage de praes. 14. Febr. 1835 vor dem dießseitigen Merkantilgerichte sich in den Streit einzulassen und zwar aus folgenden Gründen.

Die Verweigerung der Streitseinlassung auf den Grund der Nichtmerkantilfähigkeit des Beklagten sey gegründet; denn die hier allein einschlägige Verordnung vom 31. Jän. 1806 bestimme, daß alle Merkantilschuldsachen zwischen wirklichen Handelsleuten, Krämern und Negotianten untereinander für die auf Credit und zum Handel hingegebenen Waaren und

auch jene Schuldsachen, welche aus einem Geschäfte entstehen, bei dessen Eingehung die wechselfähigen Contrahenten sich das Wechsel- und Merkantilgericht ausdrücklich bedungen haben, zur Cognition des Wechsel- und Merkantilgerichts gehören sollen.

Nun eigne sich aber der Beklagte als Kaffeeschenk weder in die Klasse der Handelsleute, noch der Krämer, noch derjenigen Negotianten, welche mit den an sie auf Credit abgegebenen Waaren Handel treiben, sondern lediglich in die Klasse der ein berechtigtes Gewerbe treibenden Individuen, indem er die Waare (Kaffee) zubereite und in seiner Schenke in minuto verkaufe.

Derselbe erscheine demnach im Sinne und Geiste des erwähnten Gesetzes nicht merkantilfähig und sey daher auch nicht schuldig, auf die gegner'sche vor dem dießseitigen Merkantilgerichte sich in den Streit einzulassen.

Auf erhobene Berufung der Handlung J. F. P. erkannte das kön. Wechsel- und Merkantilgericht II. und letzter Instanz unter Abänderung des Erkenntnisses I^mae inst. unterm 16. Mai 1835 zu Recht:

daß der Beklagte Kaffeetier F. S. U. schuldig sey, sich in foro mercantili auf die Klage der Handlung J. F. P. vom 10. Febr. d. J. in den Streit einzulassen.

Gründe.

Zur Cognition des Wechsel- und Merkantilgerichts gehören nach der Verordnung vom 31. Jänner 1806 alle Mercantil-Schuldsachen zwischen wirklichen Handelsleuten, Krämern und Negotianten unter einander für die auf Credit und zum Handel hingegebenen Waaren.

Unter Negotianten werden nach der Verordnung vom 19. Juli 1787 (M. G.-S. Bd. 3. p. 131. Nr. CXX.) nicht nur Diejenigen, welche dem Handelsstande beigethan sind, sondern auch alle Jene verstanden, welche berechtigtes Gewerbe, d. h. (im Gegensatze zu Handwerke) welche mit ihren Fabrikaten offenen Verkehr oder Handel treiben.

Personen dieser Art ist nach der eben allegirten Verordnung sogar die Wechselfähigkeit active und passive eingeräumt worden.

Das Gesetz über die Einführung des Wechselrechtes vom 11. Sept. 1825 hat in § 4. Nr. 1. zwar die in gedachter Verordnung über die Wechselfähigkeit der berechtigten Gewerbsleute enthaltene Bestimmung für aufgehoben erklärt und ausgesprochen, daß solche Personen die Wechselfähigkeit nur durch den Eintrag in die Matrikel unter gewissen Bedingungen erlangen; allein hiedurch ist an der Bestimmung nichts geändert worden, daß berechtigte Gewerbsleute in die Cathegorie der Negotianten, was schon ihr Name anzeigt, gehören und daß sie in dieser Eigenschaft in Handelsgegenständen unter dem Merkantilgerichte stehen, wohin sie neben der Verordnung vom J. 1806 auch schon die Wechselgerichtsordnung cap. 1. § 2. verwiesen hat. Daß Kaffeeschenken unter die berechtigten Gewerbsleute oder Negotianten im Sinne des Gesetzes gerechnet werden müssen, unterliegt keinem Zweifel, da sie ihr Fabrikat zum offenen Verkaufe bereiten.

Darum im vorliegenden Falle der Beklagte eine merkantilfähige Person, der Streitsgegenstand aber eine Schuldforderung ist, welche daher rührt, weil ihm die Handlung F. J. P. Kaffee und Zucker zum Betriebe seines im offenen Verkaufe des zum Getränke bereiteten Kaffees bestehenden Gewerbes credidirt zu haben behauptet, so ist die Zuständigkeit des Wechsel- und Merkantilgerichts vollkommen begründet und daher der Beklagte zur Einlassung vor diesem Gerichte auf die Klage des gedachten Handelshauses verpflichtet.

Da judex I^mae das Gegentheil angenommen hat, so mußte unter Abänderung seines Ausspruches, wie geschehen, erkannt werden.

2.

Eine Ehefrau, deren wechselfähiger Ehegatte einen Wechselbrief mit ihr unterschreibt, wird hiedurch ebenfalls wechselfähig.

A. Der Handelsmann A. St. klagte am 31. März 1831 gegen die Gattin des k. Raths und Fabrikbesitzers F. von B., welche neben ihrem Manne, über welchen die Gant ausbrechen sollte, ein eigenes Vermögen besaß, einen schon im Jahre 1819 von beiden Ehegatten gerichtlich anerkannten Solawechsel als in solidum haftbar, bei dem Wechselgerichte ein, und dieses beauftragte sie zur Zahlung dieses Wechsels binnen 3 Tagen bei Vermeidung der Sperre.

Gegen diese Entschließung beschwerte sich die Beklagte aus dem Grunde, weil sie hiedurch für wechselfähig erklärt werde, ungeachtet sie nicht wechselfähig sey, und bat, diese Entschließung so wie sämmtliche von dem Wechselgerichte gepflogenen Verhandlungen wegen Mangels der Competenz als nichtig aufzuheben.

Allein der Richter II. Instanz hat diese Beschwerdebitte abgewiesen aus folgenden

Gründen.

Die bayer. Wechselordnung vom Jahre 1785 lit. 9. zählt nur die ledigen und verheiratheten Weibspersonen, welche keine eigene Handlung oder kein eigenes Gewerbe mit Vorwissen oder Bewilligung ihrer Obrigkeit treiben, wie andere verheirathete Weibspersonen, sofern deren wechselbriefsfähiger Ehegatte den Wechselbrief nicht mit unterschreibt, zu den Personen, welche Wechselbriefe auszustellen unfähig sind.

Nun ist aber der Ehegatte der Beklagten als Fabrikbesitzer wechselfähig und hat mit ihr fraglichen Wechsel in Ansehung dessen sie sich als in solidum haftbar erklärten, mit unterschrieben; hiedurch ist der gesetzlichen Anfoderung loc. cit. Genüge geleistet, indem sie zu den andern verheiratheten Weibspersonen nach diesem Gesetze zu rechnen ist, deren

wechselbriefsfähiger Ehegatte den Wechselbrief mit unterschrieben und hierauf seine Wechselfähigkeit auf sie, nachdem sie in den Wechseln in solidum zu haften erklärte, übertragen hat.

B. Carl H. klagte im Febr. 1833 gegen die Ehefrau des Instrumentenfabrikanten M. Sch., welche in fore ordinario ein Debitwesen anhängig hatte, einen von den beiden Ehegatten schon im J. 1831 gerichtlich recognoscirten Wechsel bei dem kön. Wechselgerichte ein, worauf dieselbe den gesetzlichen Zahlungsauftrag von 3 Tagen erhielt, binnen welcher Frist sie der Klage die Einrede, daß sie nicht wechselfähig und daher das Wechselgericht gar nicht competent sey, entgegensetzte, und daraus den Schluß zog, daß gegen sie die Klage gar nicht statt finde und sie daher von selber entbunden werden müsse. Sie stützte diese Behauptung auf die Wechsel-Ordnung § 3. lit. g., welche Gesetzesstelle verordne, formalia: „Alle ledige und verheirathete Weibspersonen, welche keine eigene Handlung oder kein eigenes Gewerbe mit Vorwissen der Obrigkeit treiben, wie auch andere verheirathete Weibspersonen, soferne ihr wechselfähiger Ehemann den Wechselbrief nicht mit unterschreibt, sind nicht wechselfähig.“

Sie besitze kein Gewerb, ihr Ehemann eine bloß persönliche Concession, nur nach dieser sey derselbe allerdings wechselfähig; da sie aber keinen Antheil am Gewerbe habe, so könne sich die Wechselfähigkeit nicht auf sie erstrecken.

Instructa causa wurde sie zur Zahlung verurtheilt und auf ergriffene Berufung dieser Ausspruch bestättigt aus folgenden

Gründen.

1) Appellantin hat mit ihrem Ehemanne den eingeklagten Wechsel gemeinschaftlich unter solidarischer Haftung ausgestellt; es unterliegt daher keinem Zweifel, daß beide Eheleute gleich haftbar sind, und dem Kläger frei steht, ob er beide Ehetheile oder eines derselben um Zahlung belangen wolle; er wählte letzteres und belangte die Appellantin in so-

lidum beim Wechsel- und Merkantil-Gerichte I. Instanz zu München.

2) Die von derselben der Klage entgegengesetzte Einrede stellt sich als ganz ungegründet dar. Nicht der Absatz 1. der erwähnten Stelle des Gesetzes, sondern der Absatz 2. gibt hier den Ausschlag und ist auf vorliegenden Fall in Anwendung zu bringen, wornach es gleichgiltig ist, ob eine verheirathete Weibsperson eine eigene Handlung oder ein eigenes Gewerbe treibt, wenn nur ihr wechselfähiger Ehemann den von ihr ausgestellten Wechsel mit unterschreibt.

Im vorliegenden Falle hat der Ehemann der Appellantin den eingeklagten Wechsel mit unterschrieben; daß derselbe wechselfähig sey, hat die Appellantin selbst eingestanden, eben so auch nicht widersprochen, daß er in die Wechsel-Matrikel eingetragen sey, er demnach auch nach dem Gesetze vom 11. Sept. 1825 die Wechselfähigkeit genießt. Seine Mitunterschrift macht daher allerdings auch sie wechselfähig, wie der Richter I. Instanz ganz richtig ausgesprochen hat.

3.

Die Wechselfähigkeit hängt bei den Handelsleuten, Fabrikanten und Bierbräuern nicht von dem Eintrage in die Wechselmatrikel ab.

Dieses ist nur der Fall bei den berechtigten Gewerbsleuten und andern Personen.

Die Birbrauer H.'schen Relikten haben bei dem königl. Wechsel- und Merkantilgerichte II. und letzter Instanz gegen das erstrichterliche Erkenntniß dd. 15. Mai 1833, welches sie in contumatiam zur Zahlung verurtheilte, und gegen das demselben vorhergegangene Verfahren eine auf den Defect der Jurisdiction gegründete Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht.

Die Querulanten waren nämlich der Meinung, daß, weil sie nicht in die Wechsel-Matrikel eingetragen seyen, ih-

nen die Wechselfähigkeit mangle und daß sohin der von ihnen ausgestellte Wechsel keine Giltigkeit habe, woraus sich von selbst ergebe, daß das Wechselgericht in dieser Sache nicht zuständig sey.

Allein bei der Unrichtigkeit dieser Ansicht wurden dieselben mit ihrer Nichtigkeits-Beschwerde abgewiesen, und sub dato 24. April 1834 in die hierauf erlaufenen Kosten verurtheilt aus folgenden

Gründen.

Das Gesetz vom 11. Sept. 1825 hat § 4. die Wechselfähigkeit der Handelsleute und Fabrikanten durchaus nicht von dem Eintrage in die Wechselmatrikel abhängig gemacht, wie dieses bei den berechtigten Gewerbsleuten und andern Personen der Fall ist. Das Gesetz drückt sich l. c. dahin aus: Die Wechselfähigkeit steht den berechtigten Handelsleuten und Fabrikanten zu, welche mit eigener Firma in die Wechselmatrikel eingetragen sind.

Der Eintrag ist nach dieser Fassung des Gesetzes nicht die Bedingung für den Erwerb der Wechselfähigkeit. Das Gesetz dd. 11. Sept. 1825 hat also bei Handelsleuten und Fabrikanten an den frühern Anwendungen, wornach dieselben schon durch ihr Geschäft wechselfähig sind, nichts geändert.

Da nun die Bierbrauer nach der Wichtigkeit ihres Gewerbes und der Art und Weise, wie sie dasselbe zu betreiben pflegen, allerdings in die Kategorie der Fabrikanten zu zählen sind: so erscheint die vorliegende Nichtigkeitsquerel, in so weit dieselbe auf den Mangel der Wechselfähigkeit gebaut werden will, als unstatthaft.

4.

Die Bierbräuer sind den Fabrikanten beizuzählen, und sohin wechselfähig, wenn sie auch nicht immatrikulirt sind.

Sie sind aber nicht wechselfähig, wenn sie kein eigenthümliches Bräuhaus besitzen, und das Recht zum Bierbrauen durch Benützung s. g. Kommun- oder fremder Privat-Brauhäuser ausüben.

Bei dem k. Wechsel- und Merkantilgerichte erster Instanz in München wollte Graf von E., Bräuhausbesitzer zu W. einen von ihm ausgestellten Solawechsel freiwillig recognosciren; es wurde ihm aber die Anerkennung aus der Ursache verweigert, weil er als Besitzer eines Bräuhauses nicht immatrikulirt sey, zu dieser Immatrikulation aber die Vorlage der im Gesetze vom 11. Sept. 1825 § 4. Nr. 1. bezeichneten Bescheinigung erfoderlich sey, da nur Handelsleute und Fabrikanten für sich betrachtet, als wechselfähig erscheinen, den letzteren aber der Inhaber eines Bräuhauses, welcher in dieser Hinsicht zu den berechtigten Gewerbsleuten gehört, nicht beigezählt werden kann.

Darüber beschwerte sich Graf E. und das kön. Wechsel- und Merkantilgericht II. und letzter Instanz erkannte auf diese von demselben erhobene Beschwerde über Eintragung in das Matrikelbuch unterm 27. Juli 1826 zu Recht, daß er als Bräuhausbesitzer ohne weitere Bescheinigung in die Matrikel der Wechselfähigen aufzunehmen sey, aus nachstehenden

Gründen.

Die Besitzer von Brauereien theilen mit Fabrik-Inhabern alle jene charakteristischen Merkmale, wodurch sich diese von Gewerbsleuten und Handwerkern unterscheiden, so daß, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Brauereien mehr den Gewerben oder den Fabriken beizuzählen seyen, dieselbe dahin beantwortet werden muß, daß das Letztere, nämlich Gleichstellung mit den Fabriken, der Fall ist.

Denn

1) arbeitet der Brauer nicht auf Geding und um Lohn, wie Gewerbsleute und Handwerker, sondern um feilen Ver-

kauf, liefert also eine Waare auf das Lager, eine Art Kaufgut, wie der Fabrikant;

2) bei den gewöhnlichen Gewerben arbeitet der Meister selbst mit Gesellen und Jungen. Hiermit können sie auch bestritten werden. Bei Brauereien und Fabriken ist aber gemeiniglich der Eigenthümer kein Mitarbeitender, sondern oft eine Gesellschaft, oft ein Privatmann, in manchen Ländern selbst der Regent.

3) Fabriken sind überhaupt jene Anstalten, wobei ganze Gesellschaften von Arbeitern einerlei oder verschiedener Art, zu dem gemeinschaftlichen Zweck, um den Naturprodukten eine neue Gestalt zu geben, einander in die Hand arbeiten. Die wesentliche Verschiedenheit derselben von Handwerkern liegt vorzüglich in der Größe der Unternehmung. Die meisten Brauereien stehen an Ausdehnung des umkehrenden Kapitals keiner Fabrik nach; sie erfodern eine große Zahl von Arbeitern, die nicht bloß physische Kraft und mechanische Fertigkeit, sondern auch technische, namentlich chemische Kenntnisse besitzen müssen.

Wenn daher die von Gewerbsleuten nach der Verordnung vom 11. Sept. 1825 gefodert werdende Bescheinigung auf Fabrikanten keine Anwendung findet, so kann dieselbe auch von dem Grafen von E. als Bräuhausbesitzer, um so weniger gefodert werden, als ohnehin die Notorietät die Stelle dieser Bescheinigung vertritt.

Das k. Staatsministerium der Justiz hat mittels Entschließung vom 17. März 1828 dem k. Appellationsgerichte des Obermainkreises nach genommener Rücksprache mit dem k. Staatsministerium des Innern und der Finanzen zu erkennen gegeben, daß in Bezug auf die Wechselfähigkeit nur solche Bräuer als Fabrikanten anzuerkennen seyen, welche sich im eigenthümlichen Besitze eines Bräuhauses mit den dazu gehörigen Apparaten und Utensilien befinden, daß aber diese Anerkennung durchaus nicht auf solche Individuen auszudehnen sey, welche zwar im bürgerlichen Verbande und im

Besitze irgend eines Gewerbes sich befinden, jedoch nebstbei die Befugniß zum Bierbrauen für sich und zum Verschleiße besitzen, und daher selbstständiges Inhaben eines Bräuhauses dieses Recht durch Benützung sogenannter Commun- oder fremder Privatbräuhäuser ausüben.

5.

Der Besitzer eines Bräuhauses ist auch dann noch wechselfähig, wenn er es verpachtet hat.

Der Pächter aber ist es nicht, und wird es erst, wenn er den Bestimmungen des Gesetzes vom 25. Sept. 1825 § 2. Nr. 1. nachgekommen ist.

Der Besitz und das Recht zu einem Bräugewerbe, zu einer Fabrik, zum Handel, begründet die Wechselfähigkeit eines derlei Berechtigten, wobei es gar nicht darauf ankommt, ob derselbe dieses sein Gewerbe ausübe oder nicht, im Großen oder Kleinen betreibe, oder verpachtet habe; denn

1) alle Bräuer sind wechselfähig, sowohl nach den ältern als neuesten Wechselgesetzen, und ein Brauer ist nur derjenige, welcher eine Bräustätte und die Befugniß zu brauen hat und auch Bräuer bleibt, wenn er von diesem seinem Rechte keinen Gebrauch macht oder auf einen gewissen Zeitraum den Gebrauch desselben an einen Dritten überläßt, d. i. verpachtet.

2) Auch der Verpächter eines Bräuhauses, welcher immerhin als der Brauer und als wechselfähig erscheint, bedarf des Kredites, um das Bräugewerbe zu heben, Gewerbsschulden hiedurch zu decken oder zu tilgen und selbst diesen seinen Kredit zur Begünstigung des verpachteten Gewerbbetriebes zu benützen und

3) der Pächter eines solchen Gewerbes ist nicht wechselfähig, weil er kein wirklicher Bräuer ist, daher als Fabrikant nicht gilt, und weil er, um die Wechselfähigkeit für seine Person zu erlangen, den Bestimmungen des Wechselgesetzes vom 25. Sept. 1825 § 2. Nr. 1. vorerst nachgekom-

men seyn und solche (die Wechselfähigkeit) beim Wechselgerichte nachgesucht und von solchem erhalten haben müßte. Die Richtigkeit dieser Behauptung steht um so fester, als die Wechselfähigkeit der Ausfluß eines Privilegiums für bestimmte Klassen von Gewerbtreibenden ist und Privilegien (auf welche man wohl durch eine ausdrückliche Erklärung und öffentliche Bekanntmachung verzichten kann, damit das Publicum hievon verständigt erscheine, daß es mit einer de lege nicht wechselfähigen Person keine Wechselgeschäfte machen könne und dürfe) nicht übertragen werden; daher ist es gesetzlich unmöglich, daß aus einem und demselben Gewerbe zwei verschiedene Personen (die Handlungsgesellschaften ausgenommen, welche nur Eine Handlung repräsentiren) nämlich der Verpächter und Pächter einer Bräuerei, oder was immer für eines Gewerbes zugleich mit und neben einander wechselfähig seyn, d. h. das Privilegium der Wechselfähigkeit aus diesem Gewerbe ableiten können, und daß Ersterer dem Letztern solches durch Pacht übertragen dürfe.

4) Wollte man annehmen, daß der Verpächter durch die Nichtausübung eines solchen Gewerbes nicht wechselfähig sey, so würde dieses die größten Inconvenienzen und Rechtsunsicherheiten sowohl für den Merkantilstand und die Fabrikanten (Bräuer) als für das Publicum herbeiführen; der Kredit der Producenten (Brauer und Fabrikanten) müßte nothwendig leiden, die Recherchen über die Wechselfähigkeit eines solchen Kreditsuchenden würden nicht allein im Falle einer jeden Wechselausstellung nothwendig seyn, sondern selbst häufig kein klares Resultat liefern, die Wechselfähigkeit eines solchen Individuums würde in einem kurzen Zeitraume als bestehend und als verloren gegangen anzunehmen seyn; der Chikane stünde bei einer solchen Gesetzesauslegung von Seite unredlicher Wechselschuldner der weiteste Spielraum offen; endlich ließe sich auch nicht verkennen, daß jene Personen, welche als Bräuhausinhaber Wechsel ausstellen und unterschreiben und hiedurch ihre Wechselfähigkeit selbst anerkennen, ohne von einem Pachte oder andern derlei Verhältnisse Meldung zu machen, offenbar dolose handeln, und ihrerseits ei-

nen Betrug oder eine Täuschung an ihren Wechselkreditoren zu üben versuchen würden, wenn sie sich fälschlicher Weise als wechselfähig gerirten, und schon wußten oder wissen möchten, daß sie wegen Verpachtung des Gewerbes nicht wechselfähig seyen; endlich

5) haben die bayerischen Wechselgerichte nach diesen Grundsätzen in allen ähnlichen Fällen judicirt.

6.

In einem jeden Wechsel muß der Münzfuß der Wechselsumme ausgedrückt seyn, wenn auch der Wechsel in München ausgestellt und es nicht zweifelhaft ist, in welcher Münzsorte bezahlt werden soll.

Die Gebrüder St. belangen mittelst Klage die Bierbräuersehelente M. und A. H. auf den Grund eines in Abschrift vorgelegten Solawechsels um die Bezahlung der Hauptsache und Supporti.

Bei der zur Production des Originalwechsels und zur summarischen Verhandlung der Sache anberaumten Tagsfahrt, zu welcher die Beklagten sub poena recogniti geladen waren, produzirte der kläger'sche Anwalt den der Klage abschriftlich angelegten Wechsel in Urschrift, woraus sich ergab, daß in demselben so wenig, als in der Abschrift die Geldsorte, ob Current oder Conventionsmünze, beigesetzt war.

Die Beklagten sind zwar am Productionstermine nicht erschienen; allein Tags darauf brachte der Anwalt der Beklagten zu Protokoll die Einrede vor, daß die gestern producirte Urkunde nicht die gesetzlichen Requisite eines gültigen Wechsels an sich trage, indem hierin der Münzfuß der Wechselsumme nicht ausgedrückt sey, wornach, da ein Wechsel der Beklagten gar nicht vorliege, sich die aus dem Grunde des Dokuments erhobene Foderung resp. Klage gar nicht vor das Wechsel- und Merkantilgericht eigne, und der Klage offenbar die exceptio fori incompetentis entgegenstehe, eine Einrede, mit welcher die Beklagten gar nicht präkludirt wer-

den können, da die Prüfung des Competenz-Punktes zum Officium judicis gehört und daher schon die Anregung des Competenz-Punktes genügt, den Richter zur Abweisung der vorliegenden Klage zu veranlassen.

Das kön. Wechsel- und Merkantilgericht I. Instanz erkannte hierauf zu Recht, daß die Beklagten von der gegentheiligen Klage zu entbinden und daß die Kläger schuldig seyen, sämmtliche Streitskosten allein zu tragen, aus folgenden

Gründen.

Nach Vorschrift der W.-O. § 2. Nr. 1. gehört unter andern zu einem förmlichen Schuldbriefe, daß die Geldsorte, d. i. Current oder Conventionsmünze in demselben benannt sey.

Da es nun dem eingeklagten Solawechsel an diesem gesetzlichen Erfodernisse gebricht, und dieser Mangel sich erst durch die Produktion des Original-Wechsels aufgedeckt hat, so mußten die Beklagten, wenn sie auch diesen Mangel nicht angeregt hätten, ohne weitere Verhandlung der Sache um so mehr von der gestellten Klage entbunden werden, als die Kläger, wenn sie den Wechsel in originali nach Vorschrift der W.-G.-O. § 1. cap. III. sogleich mit der Klage vorgelegt hätten, wegen des berührten Mangels a limine judicii abgewiesen worden wären; was aber ohne Einsicht des Originalwechsels früher als jetzt, nicht geschehen konnte.

Gegen dieses Erkenntniß beschwerten sich die Kläger aus nachfolgenden Gründen:

Die W.-G.-O. § 2. Nr. 1. schreibt zwar vor, daß in jedem Wechsel die Geldsorten benannt seyn sollen; allein die poena nullitatis, im Falle diese Benennung nicht ausgedrückt worden, ist nirgends angedroht und ausgesprochen. Die erwähnte Gesetzesstelle kann keinen andern Sinn haben, als daß ein Wechsel, bei welchem es zweifelhaft ist, in welcher Münzsorte bezahlt werden soll, die förmliche Bestimmung hierüber enthalten muß; dieses ist jedoch nur bei solchen Wechseln zu verstehen, wo ein Zweifel über die Münzsorte

theils wegen des Zahlortes, theils wegen des Wohnortes des Debitors obwalten kann.

Bei einem Wechsel aber, welcher in München ausgestellt und in München bezahlt werden soll, kann ein solcher Zweifel nicht eintreten. Ein Münchner Gulden hat 60 Kreuzer und 24 solche Gulden machen eine feine Mark. Dieß ist gesetzlich bestimmt, es wurde nicht mehr eingeklagt, sohin ist auch über den Betrag des Wechsels kein Zweifel. Es wird daher die Bitte gestellt, reformando sententiam I^mae zu erkennen, daß bei jedem Mangel eines Zweifels über den Betrag und Münzfuß des Wechsels derselbe als anerkannt erklärt, und der Beklagte in die Bezahlung der Haupt- und Nebensache verurtheilt werde.

Das kön. Wechsel- und Merkantilgericht II. und letzter Instanz erkannte hierauf ohne Abfoderung der Akten für Recht:

Die Gebrüder St. werden mit der hierorts eingereichten Berufung aus dem Grunde abgewiesen, weil die W.-O. im § 2., wo von den nothwendigen Eigenschaften eines förmlichen Wechselbriefes die Rede ist, ausdrücklich bestimmt, daß hierin die Geldsorte, d. h. ob Current oder Conventions-Münze, benannt werden müsse, welches Merkmal nach der Geschichtserzählung der Appellanten in dem in Frage stehenden Solawechsel nicht vorhanden ist.

7.

In einem förmlichen Wechselbriefe muß die Erwähnung, ob er sola, prima, secunda oder tertia ausgestellt sey, ausdrücklich enthalten seyn; gleichviel ob es eigene oder krassirte Wechsel seyen.

Durch die Worte »auf mich selbst« wird die Eigenschaft des Wechsels als eines Solawechsels nicht genügend bezeichnet.

Die Gräfin von H. belangte den Karl von M. um einen Zinsenrückstand von 154 fl., auf den Grund eines s. g. Wechsels, worin Beklagter sich verbindlich gemacht hat, nach sechs-

monatlicher Aufkündung 1000 fl. Reichswährung zu bezahlen und die Zinsen hievon, nach sechs vom Hundert, jährlich gut zu machen.

Der Beklagte verweigerte bei der zur Produktion des Originalwechsels anberaumten Tagsfahrt, wozu derselbe sub poena recogniti geladen wurde, unter andern aus dem Grunde die Einlassung auf die Klage, weil der angebliche Wechsel kein Wechsel, sondern nur eine gemeine Schuldurkunde sey, indem in demselben die Erwähnung ob er sola, prima, secunda vel tertia ausgestellt ist, mangle.

Diesen Mangel eines gesetzlichen Requisites sucht die Klägerin dadurch zu beseitigen, daß sie die Behauptung aufstellt, daß durch die dem Wechsel beigefügten Worte: „à moi meme“ (auf mich selbst) die Eigenschaft des Wechsels als eines Solawechsels, deutlich und genügend bezeichnet sey, indem diese Worte doch unstreitig nichts anderes bedeuten und keinen andern Sinn haben können, als daß es ein Solawechsel sey; denn ein von Jemand auf sich selbst ausgestellter Wechsel sey ein Solawechsel oder vielmehr der Begriff eines Solawechsels bestehe darin, daß der Wechsel auf ihn selbst gezogen sey. Auch verlange das Gesetz zu Gültigkeit eines Wechsels den Beisatz: sola, prima, etc. nur bei trassirten, keineswegs aber bei trockenen auf sich selbst ausgestellten Wechseln.

Allein das kön. Wechsel- und Merkantilgericht I. Instanz erkannte zu Recht, daß der Beklagte nicht schuldig sey, auf die vorliegende Klage sich einzulassen, und die Klägerin die erlaufenen Kosten zu tragen habe.

Gründe.

Die klägersche Behauptung kann nach der bayerischen Wechselordnung als richtig nicht angenommen werden. Diese schreibt nämlich im § 2., wo sie die Eigenschaften, welche ein hierorts geltender förmlicher Wechselbrief haben muß, speziell aufzählt, sub Nro. 3. und zwar ohne Distinktion und Ausscheidung unbedingt vor, daß in einem förmlichen Wechselbriefe die Erwähnung, ob er sola, prima etc. ausgestellt

sey, ausdrücklich enthalten seyn müsse. Nach dieser klaren gesetzlichen Vorschrift, welche hier allein und ohne Rücksicht auf anderwärts bestehende Gesetze und Usurare bei Beurtheilung des vorliegenden Falles Anwendung finden kann, mangelt es dem vorgelegten s. g. Wechsel an einem wesentlichen gesetzlichen Requisite; derselbe kann sonach als förmlicher Wechselbrief nicht erachtet werden, woraus von selbst folgt, daß die dießgerichtliche Competenz in dieser Sache nicht begründet, und Beklagter sich hierorts einzulassen nicht schuldig ist.

Auf dagegen ergriffene Berufung bestätigte die II. Instanz das Erkenntniß I^mae aus nachfolgenden

Gründen.

Appellantin findet sich dadurch beschwert, daß der Wechsel vom Richter I^mae als mangelhaft erkannt, und die Klage deßhalb vom fore cambiali zurückgewiesen worden sey. Diese Beschwerde erscheint aber unbegründet. Die W.=O. v. J. 1785 schreibt im § 2. Nro. 3. ausdrücklich vor, daß in einem förmlichen Wechselbriefe bestimmte Erwähnung geschehen müsse, ob er prima, II^da, III^tia oder sola ausgestellt worden. Es wird dabei zwischen eigenen und trassirten Wechseln kein Unterschied gemacht, und daß auch erstere darunter verstanden seyen, erhellt deutlich genug aus der W.=G.=O., wo es heißt, daß eigene Wechselbriefe fast allezeit Sola ausgestellt zu werden pflegen. Da also hienach die Ausstellung auch in anderer Art statt finden kann, so ist es wohl klar, daß auch bei eigenen Wechselbriefen die Vorschrift des Gesetzes § 2. Nr. 3. nämlich die ausdrückliche Bezeichnung, ob prima etc. ausgestellt, beobachtet werden müsse. Der der Klage de praes. 28. Jänner 1833 anliegende Wechsel enthält eine solche Bezeichnung nicht, er ist daher unförmlich und kann in foro cambiali nicht zugelassen werden.

8.

Ein Wechselbrief, dessen Verfallzeit nur den Monatstag, aber nicht das Jahr enthält, ist unförmlich. Z. B.

Landshut den 19. Aug. 1830.

Am 30. September zahlen wir ꝛc.

Die beklagten Handelsleute A. und K. P. verweigerten die Einlassung auf die Klage aus dem Grunde, weil in dem eingeklagten Wechselbriefe das Jahr nicht enthalten sey, in welchem bezahlt werden soll, sonach ein Defekt existire, welcher den Wechsel unförmlich, und das Wechselgericht eben darum inkompetent mache. Allein das Wechselgericht fand diese Einrede rechtsunerheblich, und erkannte zu Recht, daß die Verweigerung der Einlassung auf die Klage unstatthaft sey, und die Beklagten sämmtliche Prozeßkosten zu tragen haben.

Entscheidungsgründe.

Zum Wesen des Wechsels gehört, daß man daraus abnehmen kann, wann er fällig ist.

Es bedarf dazu nicht der Anführung des Tages, Monates und Jahres der Zahlzeit, welche z. B. bei Wechseln auf Sicht, a uso, oder gegen Aufkündung nicht einmal geschehen könnte; genug ist, wenn der Wechsel einen kommenden Zeitmoment für die Zahlung bezeichnet. Einen solchen Moment enthält der eingeklagte, am 19. Aug. 1830 ausgestellte Wechsel, in welchem die Aussteller erklären, daß sie den Werth für erhaltene Waaren mit 108 fl. am 30. September bezahlen. Der 30. Sept. fiel gerade sechs Wochen nach Ausstellung des Wechsels, und der Umstand, daß dem Zahltage das Jahr nicht beigesetzt wurde, zeugt dafür, daß kein anderes Jahr gemeint war, und gemeint seyn konnte, als jenes, in welchem der Wechsel ausgestellt worden ist.

Die Bezahlung des Kaufschillings soll gesetzlich gleich geschehen, so ferne nicht nachgeborgt wird. Aus der Nachborgung hat der Käufer Vortheil und Nutzen; vorliegend sind auch die Käufer die Aussteller des Wechsels. Wenn daher zu ihrem Vortheile ein anderes als das laufende Jahr

gemeint oder beabsichtigt gewesen wäre, so hätten sie deutlicher reden sollen; da dieß aber nicht geschehen ist, so muß die Auslegung nach Cod. civ. p. 4. cap. 1. § 18. in not. Nro. 2. lit. f. wider sie auf den nach Ausstellung des Wechsels nächstgekommenen 30. Sept. gemacht werden, und zwar um so mehr, als es auch an und für sich schon durchaus keine Wahrscheinlichkeit hat, daß wegen des unbedeutenden Betrages von 108 fl. auf ein oder mehrere Jahre hinaus die Nachborgung angesucht oder zugestanden worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wider dieses Erkenntniß erkannte die II. Instanz am 4. Febr. 1831, daß Beklagte nicht verbunden seyen, auf die Klage in foro des Wechsel- und Merkantilgerichts sich einzulassen, und kompensirte die Kosten beider Instanzen aus nachfolgenden Gründen:

Es kann nach Ansicht der Bestimmungen der W.-O. cap. 1. § 2. über die Förmlichkeiten eines Wechsels keinem Zweifel unterliegen, daß die Verfallzeit mit derselben Genauigkeit und Zweifellosigkeit bezeichnet seyn müsse, wie die Zeit und der Ort der Ausstellung des Wechsels, denn der Wechselbrief muß alle Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten stringent nachweisen.

So wenig es angeht, wenn in einem Wechsel der Münzfuß, in welchem Bezahlung geleistet werden soll, nicht angezeigt ist, zu vermuthen, daß die landesübliche Währung gemeint sey, so wenig kann es auch angehen, daß bei einem Wechsel, dessen Verfallzeit nur einen Monatstag ohne Bezeichnung des Jahres, auf welches er zu beziehen sey, angibt, zu vermuthen, daß dasselbe Jahr gemeint sey, in welchem der Wechsel ausgestellt worden sey.

Um bei dem konkreten Wechsel mit rechtlicher Gewißheit annehmen zu können, die Verfallzeit, 30. September, beziehe sich auf das Jahr 1830, müßte ausdrücklich gesagt seyn: nächstkommenden 30. September d. Js.; da aber der Wechsel dieses nicht enthält, so ist die Verfallzeit offenbar mangelhaft bezeichnet, und dieser Mangel darf durch Vermuthungen nicht ergänzt werden. Der Wechsel erscheint daher in einem seiner wesentlichsten Theile unförmlich, und die rechtliche

Folge davon ist, daß die Klage abgewiesen werden muß, resp. die Beklagten nicht verbunden seyen, auf dieselbe im Wechsel- und Merkantilgerichte sich einzulassen. W.-G.-O. cap. 4. § 5.

Die Kosten beider Instanzen sind zu kompensiren, da von keiner Seite ein Streitsmuthwille vorliegt, und die Erkenntnisse beider Instanzen vom entgegengesetzten Erfolge waren, übrigens die Klage schon in I^mae a limine hätte abgewiesen werden sollen, die weitere Verhandlung der Sache also auf keinem Verschulden der Partheien beruht.

9.

In den Datis abkorrigirte Wechsel sind an und für sich nicht ungültig; und es ist erst zu erwarten, ob gegen die Correction von dem Beklagten eine Einwendung gemacht werde.

Der Handelsmann K. K. stellte gegen den Handelsmann J. J. auf den Grund dreier Sola-Wechsel, von welchen jeder im Datum sichtbar abkorrigirt war, Klage; denn der erste Sola-Wechsel ad 100 fl. lautete ursprünglich auf den 1. Mai 1831, und trug gegenwärtig das Datum 31. März 1832 u. s. w., so daß nach den ursprünglichen Datis sämmtliche drei Wechsel zur Zeit der Klagestellung schon verjährt waren.

Der Beklagte bestritt unter Verweigerung der Streits-Einlassung die Competenz des Wechselgerichts aus dem Grunde, weil er ein Debitwesen in foro ordinario anhängig habe, und auch bereits ein Arrangement eingeleitet sey.

Instructa causa wurde für Recht erkannt, daß der Kläger mit seiner unterm 6/8. April 1833 gestellten Klage abzuweisen sey, und sämmtliche Kosten allein zu tragen habe.

Gründe.

Nach § 2. der bayer. W.-O. wird zu einem förmlichen Wechselbriefe unter andern erfodert, daß der Tag, Monat

und das Jahr benannt sey, d. h. daß die Zeit der Ausstellung des Wechsels aus diesem unbezweifelt müsse entnommen werden können, und man nicht in Verlegenheit gerathen dürfe, welches Datum das eigentlich giltige sey.

Dieses gesetzliche Erforderniß fehlt den eingeklagten drei Wechseln, und wenn gleich der Beklagte, welcher sich überhaupt auf diese Klage in praejudicium seiner übrigen Kreditoren nicht einlassen will, diesen gesetzlichen Mangel nicht rügte, so lag es doch in officio judicis, den Kläger mit seiner Klage wegen des berührten Defekts der Wechsel abzuweisen, abgesehen davon, von wem die fragliche Correctur herrührt.

Als veranlassendem Theile mußten dem Kläger auch sämmtliche Kosten überbürdet werden.

Unterm 11. Sept. 1833 hat die II. Instanz auf die Berufung des Klägers zu Recht erkannt, daß

a) derselbe mit seiner gestellten Klage nicht abzuweisen, und

b) der Beklagte verbunden sey, sich auf die Klage einzulassen, endlich

c) daß die Kosten in beiden Instanzen zu kompensiren seyen.

Gründe.

ad a) Nachdem die Wechsel allerdings mit einem Datum versehen sind, auch im Übrigen alle Erfoderniße nach § 2. der W.-O. an sich tragen, und im Gesetze nicht enthalten ist, daß ein Datum bei Vermeidung der Nullität eines Wechsels nicht corrigirt werden dürfe, so machen diese Correcturen den Wechsel an sich nicht ungültig, da ja der Fall möglich wäre, daß die Correction mit Einwilligung beider Theile gemacht wurde, daher erst zu erwarten ist, ob gegen diese Correction von Seite des Beklagten eine Einwendung vorgebracht werden wird, oder nicht; die Wechsel an sich erscheinen daher zur Zeit allerdings als giltig, und die Sache eignet sich zur Competenz des Wechselgerichts;

ad b) durch ein eingeleitetes Arrangement wird das Verfahren in Wechselsachen keineswegs aufgehoben, sondern dieses tritt nur dann ein, wenn über das Arrangement förmlich rechtskräftig entschieden ist, wohin aber die Sache nach der von dem kön. Landgerichte Trostberg als dem ordentlichen Richter des Beklagten gegebenen Aufklärung zur Zeit noch nicht gediehen ist; es stellt sich demnach diese streitsverweigernde Einrede als ungegründet dar, und es mußte mit Rücksichtnahme auf die Läuterations-Verordnung zum § 1. cap. 11. der W.-O. vom 17. Dez. 1816 Beklagter zur Streits-Einlassung verurtheilt werden.

ad c) Wegen Verschiedenheit der Erkenntnisse in beiden Instanzen eignen sich die bisher erlaufenen Kosten in beiden Instanzen zur Compensation.

10.

Wenn der Wechselaussteller seiner Unterschrift auch seinen Wohnort beisetzt, z. B. Xaver R. Brierbrauer in Erding, so ist hiedurch der Zahlungsort hinreichend bezeichnet.

Erkenntniß.

Das k. Wechsel- und Merkantilgericht I. Instanz München

erkennt in der Streitsache des C. P. Handelsmann in Landshut, gegen Xaver R. Brierbrauer in Erding, wegen Wechsel-Schuldfoderung auf umständlich erstatteten Vortrag hiemit für Recht:

daß der Kläger mit der gegen den Beklagten erhobenen Wechselklage vom 29. Aug. praes. 4. Sept. 1834 zurückgewiesen sey, und sämmtliche Streitkosten allein zu tragen habe.

Gründe.

Der Kläger klagte gegen den Beklagten unterm 29. Aug., praes. 4. Sept. d. J. folgenden in Urschrift vorgelegten Wechsel ein:

„Landshut den 5. Juni 1833

„Gut für 400 fl. im 24 fl. Fuß.

„Drei Monate nach dato zahle ich gegen diesen meinen „Sola-Wechsel an die Ordre Herrn C. P. die Sum„me von vierhundert Gulden im 24 fl. Fuß, den „Werth baar erhalten, leiste zur Verfallzeit prompte „Zahlung, a dieu Sola auf mich selbst.

„Xaver R. in Erding."

Es wurde zwar in Folge Signats vom 5. Sept. d. J. zur Produktion des Original-Wechsels und summarischen Verhandlung der Sache Tagsfahrt auf den 22. desselben Monats anberaumt, und Beklagter hiezu sub poena recogniti vorgeladen, wie der vorgelegte Auszug aus dem Bothen-Ins.-Buche vom 13. v. Ms. nachweist; allein obgleich derselbe der richtig geschehenen Ladung ungeachtet hiebei nicht erschienen ist, und Kläger gebeten hat, das angedachte Kompelle zu realisiren, sofort den Beklagten in Haupt- und Nebensache zu verurtheilen; so kann dennoch diesem Petito aus dem ganz einfachen Grunde nicht entsprochen werden, weil es dem produzirten Wechsel an einem der Haupterfordernisse nämlich an der Bezeichnung des Orts wo die Zahlung geleistet werden muß, gebricht; (Bayer. W.-O. § 2. Nro. 3.) vielmehr mußte wegen dieses Mangels der Kläger mit seiner gegen den Beklagten erhobenen Wechselklage de praes. 4. Sept. l. Js. zurückgewiesen und in die alleinige Tragung sämmtlicher Streitkosten kondemnirt werden. (B. W.-G.-O. Cap. IV. § 5. und cod. jud. cap. XVII. § 4. Nro. 2.)

Es war sohin, wie geschehen, zu erkennen. Conclus. den 27. Okt. 1834.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff der Kläger die Berufung, und das k. Wechsel- und Merkantilgericht II. und letzter Instanz für den Isar-, Regen- und Unterdonaukreis erkannte unterm 5. Febr. 1835 reformando sententiam I^mae zu Recht: daß die Wechselklage des Klägers C. P. vom 29. August praes. 4. Sept. v. Js., nicht zurückzuweisen sey, sondern das k. Wechsel- und Merkantilgericht erster Instanz auf den Contumazial-Antrag des Klägers vom 22. Sept.

v. Js. zu erkennen oder zu verfügen habe, was Rechtens ist. Susp. exp. I^mae et comp. exp. II^dae.

Entscheidungsgründe.

Kläger findet sich durch das Erkenntniß I^mae beschwert.

Diese Beschwerde ist begründet; denn nach Wechselgebrauch ist, wenn in dem Wechselbrief nichts besonderes pactirt ist, der Zahlungs-Ort jener, wo der Wechsel-Schuldner wohnt, und dieser Ort ist auch in dem der Klage angelegten Wechsel speziel ausgedrückt, indem es darin heißt, „Xaver R., Brauer in Erding," wodurch der Zahlungsort hinreichend bezeichnet ist; es mußte demnach, wie geschehen, erkannt, und das kön. Wechsel- und Merkantilgericht I. Instanz angewiesen werden, auf den Contumazial-Antrag des Klägers vom 22. Sept. v. J. zu erkennen oder zu verfügen, was Rechtens ist.

Was den Kostenpunkt anbelangt, so mußten die Kosten I^mae in suspenso belassen werden, weil Richter I^mae in der Hauptsache noch zu erkennen hat; die Kosten der zweiten Instanz mußten aber kompensirt werden, weil zwei verschiedenartige Erkenntnisse in Mitte liegen.

11.

Ansprüche eines Anwaltes gegen seinen Clienten auf ein Honorar für außerordentliche Mühewaltung können vor dem Wechsel- und Merkantilgerichte nicht geltend gemacht werden.

Wohl ist es aber kompetent zur Feststellung von Deserviten, so weit sie ex actis sich ergeben.

Hofrath Dr. P. klagt den ehemaligen Handelsmann C. Sp. um ein Honorar von 300 Dukaten für zwei in den Jahren 1831 bis 1834 für denselben vor dem Wechsel- und Merkantilgerichte I. Instanz in München zu Stande gebrachten Arrangements; er nimmt auf den Grund der Bestimmung der G.-O. cap. 1. § 10. die Competenz des Wechsel- und Merkantilgerichts in Anspruch, und dieses erklärte sich

durch Aussetzung der Klage zur Verhandlung faktisch für competent. Da der Beklagte die Kommission schon zweimal abgebeten, und das kön. Wechsel- und Merkantilgericht erster Instanz dem Antrage des Klägers, die angedrohte poena liquidi et confessi zu realisiren, sohin den Beklagten in Haupt- und Nebensache dem Klagsantrage gemäß zu verurtheilen, nicht entsprochen, sondern die Kommission abermal reassumirt hatte, so ergriff hiegegen der Kläger die Berufung zum höheren Richter, welcher unterm 26. Jänner 1835 zu Recht erkannte:

daß die vor dem Wechsel- und Merkantilgerichte I. Instanz gepflogenen Verhandlungen als nichtig aufzuheben, und Dr. P. mit seiner Klage ad forum ordinarium zu verweisen sey.

Gründe.

Wenn gleich eine Beschwerde circa competentiam zur Zeit nicht erhoben vorliegt, so resortirt es doch ad officium judicis, vor der Entscheidung einer Rechtssache die Kompetenz zu prüfen, um unheilbare Nichtigkeiten zu vermeiden.

In vorliegender Klagssache ist nun das Wechsel- und Merkantilgericht offenbar nicht kompetent, weil

a) derselben kein solcher Anspruch zum Grunde liegt, welcher nach Cod. jud. cap. 1. § 10. als Accessorium des vor dem Wechsel- und Merkantilgerichte verhandelten Sp.'schen Debitwesens zu betrachten ist, indem nicht die bei diesem Debitwesen betheiligt gewesenen Wechsel- und Merkantil-Gläubiger gegen Sp. auftreten, und nicht ein aus einem Wechsel- und Merkantil-Verhältnisse unmittelbar sich ergebender Anspruch klagend geltend gemacht wird, sondern vielmehr

b) der frühere Anwalt des Debitors von demselben für außerordentliche Mühewaltung ein Honorar fodert, welches in der angesprochenen Größe, wenn sie widersprochen wird, von dem Nachweise der ex actis nicht erhellenden Leistungen, mithin von einer dießfälligen selbstständigen Beweisführung abhängt, weil auch der Wechselrichter die außergericht-

lichen Bemühungen nicht anders als nach dem Resultate des Nachweises derselben zu würdigen vermag.

c) Da nun Kläger selbst zu den merkantilfähigen Personen nicht gehört, da seine Foderung auch aus einem Merkantilgeschäfte nicht fließt, auf Wechsel ohnehin nicht geklagt ist, so muß Dr. P. bei dem Mangel der Prämissen zur Begründung der Competenz des Wechsel- und Merkantilgerichts seine Ansprüche gegen seinen frühern Clienten gleichwohl in ordinario geltend machen, wobei nur bemerkt wird, daß

d) wenn Kläger um Feststellung seiner Deserviten, so weit sie ex actis sich ergeben, gebeten hätte, oder noch nachsuchen würde, nach G.-O. cap. 17. § 4. Nro. 6. und der Advokaten-Disciplinar-Verordnung vom 23. März 1813 Nr. 6., dann der Wechselgerichts-Ordnung vom Jahre 1785 § 1. das Wechsel- und Merkantilgericht zu diesem Akte unzweifelhaft als competent erscheine.

12.

In Wechselsachen kann keine Kaution wegen der Prozeßkosten gefodert werden.

Der beklagte Handelsmann S. H. in München verweigerte auf die Wechselklage des Handelsmanns L. H. in Hohenems, die Streitseinlassung aus dem Grunde, weil dieser noch nicht die ihm als Ausländer obliegende cautio de expensis et pro reconventione geleistet hat, für welche beide Cautionen eine Summe von 1000 fl. verlangt werde; denn die bayer. W.-G.-O. spreche ausdrücklich von der den Ausländern obliegenden cautio de expensis et reconventione, und die Prozeßnovelle könne im vorliegenden Falle von wechselgesetzlichen Vorschriften keine Ausnahme machen, resp. hierauf keine Anwendung finden.

Der Richter I^mae erkannte zu Recht,
daß Streitseinlassungs-Verweigerung von Seite des Beklagten bezüglich der pro expensis et pro reconven-

tione gefoderten Caution unstatthaft, und daher zu verwerfen sey.

Auf ergriffene Berufung bestätigte die zweite und letzte Instanz unterm 31. Jänner 1836 diesen Ausspruch, zog wegen offenbarer Frivolität der Berufung das für dieselbe angesetzte Salar ad 3 fl. für den Fond der Wittwen und Waisen der Advokaten ein, und verurtheilte den Anwalt des Beklagten in eine Frivolitäts-Strafe von 6 Reichsthalern. Denn die Novelle vom 22. Juli 1819 § 8. Nr. 1. bestimmt, daß die Cautionsleistung wegen der Prozeßkosten bei Wechselklagen hinwegfalle, daher durch diese gesetzliche Bestimmung der § 5. der W.-G.-O. vom Jahre 1785, in so weit derselbe von der Cautionsleistung pro expensis handelt, aufgehoben ist; eine Widerklage aber, hinsichtlich welcher die allegirte gesetzliche Bestimmung der W.-G.-O. nicht aufgehoben wäre und von der von Gönner in seinem Commentar ad § 8. der citirten Novelle Nr. 4. handelt, wurde von dem Beklagten nicht angestellt.

Rechtsstreit

über

eine Vormundschaft.

§ 1.

Die früher von dem k. Stadtgerichte A. geführte Vormundschafts-Oberaufsicht über das Fräulein Gräfin von B. gelangte durch die jüngste Eintheilung des Königreichs an das k. Kreis- und Stadtgericht C. Letzteres fand es für nothwendig, statt des bisher bei dem k. Stadtgerichte A. aufgestellt gewesenen Vormundes, Advokaten D., einen andern Vormund an seinem Gerichtssitze zu ernennen, theils weil die vielen und wichtigen Prozesse, welche aus der Verlassenschaft des Grafen von B. anhängig waren, und das Vermögen der Curandin berührten, eine persönliche Anwesenheit des Vormundes in loco judicii erfoderlich machten, theils weil auch die Gutsbesitzungen der Fräul. Mündel näher am Sitze der neuen Vormundschaftsbehörde lagen, mithin in Führung der Prozesse und der Gutsadministration eine Zeit- und Kostenersparende, Geschäftsfördernde Vorkehrung getroffen werden mußte.

Es wurde also ein neuer Vormund bei dem k. Stadtgerichte C. in der Person des k. Advokaten E. aufgestellt und dem Dr. D. hievon mit dem Anhange Kenntniß gegeben, daß er innerhalb 14 Tagen präklusiver Frist seine allenfallsige Erinnerung abzugeben habe.

§ 2.

Advokat D. remonstrirte nach Ablauf des Termins zwar gegen die Ablassung der Vormundschaft — (aus Gründen,

die in dem darauf erfolgten appellationsgerichtlichen Spruche enthalten sind) — wurde aber vom k. Stadtgerichte C. mit dieser Erinneruug zurückgewiesen, und als er über diese Abweisung sich beschwerte, erließ sub dato 4. Mai 1838 das k. Appell.-Gericht ein förmliches Erkenntniß nachfolgenden Inhalts.

Im Namen Seiner königlichen Majestät ꝛc.

Erkennt das kön. Appellat.-Gericht *** in der Pflegschaftssache der Gräfin von B. über die Beschwerde des k. Advokaten D. gegen die Dekrete des k. Kreis- und Stadtgerichts C. vom 9. Febr. und 9. März zu Recht:

1) es sey die vom k. Kreis- und Stadtgerichte C. verfügte Entlassung des k. Advokaten D. von der Stelle eines Interim-Curators der Gräfin von B. als zu voreilig geschehen, aufgehoben, und das k. Kreis- und Stadtgericht anzuweisen, dem k. Adv. D. vorerst mit seinen Erinnerungen gegen seine Entlassung zu hören, dabei aber auch die Wünsche und Anträge der Curandin Gräfin von B. zu erholen, und sodann von Curatelswegen das Weitere nach rechtlicher Ordnung zu beschließen.

2) Die auf diese Beschwerdeführung erlaufenen Kosten fallen der Curatelmasse der Gräfin von B. zur Last.

Gründe.

ad 1) Die Beschwerde des k. Adv. D. bezieht sich darauf, daß er der Interims-Curatel über die minderjährige Gräfin von B. durch die Beschlüsse des k. Kreis- und Stadtgerichts C. vom 9. Febr. und 9. März l. J. enthoben wurde, und daß, wenn auch dieses in Frage gestellt werden könnte, er jedenfalls vorerst mit seinen Erinnerungen gegen diese Änderung in der Person des Interims-Curators zu hören, dabei aber auch die Wünsche der Curandin zu erholen, und sodann von erster Instanz hierüber zu erkennen sey.

Daß hier bloß von einer Curatela dativa, d. i. von einer durch die Obrigkeit bestellten Curatel die Sprache ist, also nur aus diesem Titel die Bestellung eines Interim-Curators früherhin in der Person des k. Adv. K., dann in der Person des k. Adv. D., nunmehr in der Person des k. Adv. E. erfolgte, ist außer allem Zweifel, so wie auch, daß das k. Kreis- und Stadtg. C. in Folge der Formation der Kreisgerichts-Sprengel vom 7. Dez. 1837 dermal die kompetente Curatelbehörde über die Gräfin von B. ist. Cod. civ. p. 1. cap. 7. § 7.

Die Enthebung des k. Adv. D. geschah aus dem einzigen Grunde, weil er nicht am Sitze des nunmehrigen Gerichts der Curatel sich befindet, die Anwesenheit des Curators am Gerichtssitze jedoch nothwendig und zweckmäßig sey.

Im entfernten Aufenthalte des Curators vom Curatelgerichte, kann allerdings nach Umständen eine erhebliche Ursache seiner Entlassung liegen; denn es paßt hieher der Grund des Gesetzes cod. civ. p. 1. cap. 7. § 3. Nr. 9. § 22. Nr. 2. Drittens § 24. Nr. 6., welches Diejenigen von der Vormundschaft ausschließt oder enthebt, welche von den Pflegkindern oder ihren Gütern so weit entsessen sind, daß man ohne große Kosten und Beschwernisse der Vormundschaft nicht wohl abwarten kann. Nachdem ferner die Curatelbehörde von Amtswegen auf die Gründe, welche eine Änderung in der Bestellung des Curators herbeiführen können, achten muß cod. civ. p. 1. cap. 7. § 23. N. 3. und hiebei allerdings nach der Natur der Sache wegen des Oberaufsichtsrechts, insbesondere bei einer Curatela dativa auf das arbitrium judicis sehr vieles ankömmt, so frägt es sich nur noch darum, ob eine solche Curators-Entlassung ohne weiters, ohne den bisherigen Curator gehört zu haben, verfügt werden könne.

Der kön. Adv. D. stützt sich deßhalb auf die Bestimmung cod. civ. p. 1. cap. 7. § 23. Nr. 4., welche verordnet, daß die Ursache der Entsetzung allemal mit vorläufig

summarischer Verrechnung des Vormundes in möglicher Kürze zu untersuchen sey.

Das k. Kreis- und Stadtgericht bemerkte in seinem Beschaffenheitsberichte, daß diese Gesetzesstelle sich nur auf Entsetzung des Vormundes wegen böslicher oder fahrläßiger Handlungsweise beziehe, wovon hier ohnehin keine Rede ist, daß es also von Amtswegen vorzuschreiten hatte, dieses nicht von den Erinnerungen des bisherigen Curators abhängig machen konnte, um so weniger, als die öftere Vernehmung des Curators zu Protokoll bei den in dieser Sache häufig vorkommenden dringenden Anträgen der Gerichts- und Rentenverwalter oder anderer Interessenten, und deßhalb die Einsicht der Gerichtsacten oft erfoderlich sey, was also die Bestellung eines Curators in loco judicii erfoderlich machte.

Allerdings ist nun die Vernehmung des bisherigen Curators, wenn seine Entsetzung in Frage steht, nach der allegirten Gesetzesstelle nothwendig. Denn hiebei ist er selbst betheiltigt, es betrifft sein Interesse, und hiebei kann es ihm nicht gleichgültig seyn, aus einem aus seiner Handlungsweise entnommenen Grunde entsetzt zu werden; es muß ihm das Recht der Verantwortung und im Falle des sich ergebenden Ungrundes der Beschuldigung das Recht der Fortführung oder Wiedereinsetzung in die Vormundschaft zustehen; allein hier ist von Entsetzung keine Sprache, sondern von Enthebung der Curatel aus einem nicht in der Person des bisherigen Curators liegenden Grunde. Hier nun kann die Vernehmung des bisherigen Curators nicht als geboten erscheinen, denn es ist ein äußerer Grund, der die Entlassung desselben zu Grunde hat, dessen Würdigung bloß dem Ermessen der Curatelbehörde anheimgestellt bleibt. Allein ungeachtet dessen läßt sich hiebei nicht verkennen, daß die Curatelbehörde gerade in solchem Falle Bedacht nehmen muß, Anhaltspunkte zu ihrer zu fassenden Verfügung zu finden, und es ist demnach ganz sachgemäß, wenn sie im Interesse der Curandin die Erinnerung des bisherigen Curators hört, von welchem doch vorauszusetzen ist, daß er mit den verschiedenartigen persönlichen und administrativen

Verhältnissen der seit mehrern Jahren geführten Curatel vertraut sey, und sie nebstdem die Wünsche oder Anträge der bereits 18jährigen Curandin vernimmt, indem, wenn diese auch noch keineswegs eine persona standi in judicio ist, dennoch Gründe oder Umstände von ihr angegeben werden können, welche bei ihrem der Volljährigkeit sich annäherndem Alter, das also doch eine gewisse Beurtheilungskraft voraussetzt, allerdings von einigem Einflusse auf die Frage seyn könnten, ob ein neuer Curator zu bestellen sey?

Nach diesem Gesichtspunkte erscheint die Enthebung des k. Adv. D. von der Curatel zwar nicht nichtig, wohl aber voreilig, da es sehr zweckmäßig gewesen wäre, ihn über die Enthebungs-Ursache mit seiner Erinnerung zu vernehmen, und zwar um so mehr, als gerade bei der Verzweigung dieser Curatel mit zwei Verlassenschaften und mit mehrern Streitsachen, dann bei dem Umstande, daß das kön. Kreis- und Stadtger. die Gerichtsacte selbst noch nicht vollständig kennt, weil ein großer Theil hievon schon früher, ehe es als Curatelbehörde eintrat, dem kön. Oberappellationsgerichte vorgelegt wurde, endlich bei der dem kön. Adv. D. bezeugten Sorgfalt und Thätigkeit der von ihm geführten Curatel allerdings wenigstens vorläufig anzunehmen ist, daß er vollständig damit vertraut sey, und daß er im Interesse der Curandin allerdings eine gewichtige Stimme darüber abgeben könne, ob der Wechsel der Person des Curators bei dermaliger Lage der Sache für die Curatel wesentlichere Vortheile darbiete, als wenn sie in seinen Händen fernerhin verbleibe. Das kön. Kreis- und Stadtger. hat vorläufig diese Frage einseitig entschieden, und einem Hauptmoment seiner Entscheidung in den vorliegenden, und auch ferner noch vorkommenden dringenden Anträgen, welche schleunige Erledigung bedürfen, gefunden.

Allein es ist nicht abzusehen, daß solche Gefahr auf dem Verzuge bei diesen Anträgen obwalten sollte, daß die Entfernung von L. nach R. zu weit wäre, um ohne wesentlichen Nachtheil die Vernehmung des kön. Adv. D. zu erholen. Seine Entfernung von der Curatel war daher voreilig und

unrecht, daß er mit seinen Erinnerungen präcludirt wurde, indem auch das Präjudiz der Präclusion hieher nicht paßte, sondern vielmehr, wenn Gefahr auf dem Verzuge vorlag, das Präjudiz nach Cod. civ. p. 1. cap. 7. § 23. Nr. 5. vorerst angedroht hätte werden können. Adv. D. ist daher vorläufig als Interim-Curator zu belassen, seine verfügte Entlassung war folglich als zu voreilig erlassen aufzuheben, und wie geschehen zu erkennen.

Der Beschwerdeführer beantragte zwar, daß nach seiner erholten Erinnerung das kön. Kreis- und Stadtg. von erster Instanz wegen zu erkennen habe; allein es mußte der Ausdruck „von Curatelwegen" gewählt werden, weil hier nicht von einer strittigen Civilrechtssache, sondern von einer mit Beihülfe des Curators und der Curandin von Amtswegen zu würdigenden Curatelsache die Sprache ist, indem nicht von einer Selbstbetheiligung des k. Adv. D., also auch nicht von seiner Verantwortung, von seinem Interesse, wo er als Parthei, die für sich ein Recht in Anspruch nähme, gegenüber stünde, die Rede seyn kann.

ad 2) Die Kosten dieser Beschwerdeführung, wobei kein Übermaaß gefunden wurde, fallen der Gräfin B.'schen Curatelmassa zur Last, weil diese Beschwerde lediglich im Interesse der Curatel geführt wurde, also dem kön. Adv. D. aus seinem Säckel hieran nichts überbürdet werden kann.

— (Zugleich wurde in einer Nebenentschließung dd. 15. Mai 1838 vom Appellationsgerichte dem vom Stadtgerichte ernannten und verpflichteten Vormunde E. notificirt, daß bis zur weitern Entscheidung über die Erinnerungen des entlassenen Vormundes D. der letztere in Amtsthätigkeit zu verbleiben habe.) —

§ 3.

Adv. E., wohl einsehend, daß es von dem frühern Vormunde und seiner Mündel nur darauf angelegt sey, die Sache zu verzögern, und einen bereits mit gutem Erfolge angeregten Rechtsstreit allenfalls bis zu eintretender Volljährigkeit hinzuhalten, wollte dieser schiefen Wendung der Sache

entgegen treten, und reichte daher an das kön. Ministerium der Justiz eine Vorstellung folgenden Inhalts ein.

Nie würde er es wagen, S. K. M. allerhöchsten Ministerio der Justiz als obersten Aufsichtsbehörde über die Führung der Curatel im ganzen Königreiche einen Fall zur huldvollsten Beurtheilung vorzutragen, wenn er nicht der innigsten rechtl. Ueberzeugung lebte, daß derselbe von den untern Behörden ganz falsch aufgefaßt worden sey, und eine gleiche Anwendung in ähnlich vorkommenden Fällen den größten Nachtheil und die traurigsten Folgen für die Curatelbedürftigen herbeiführen müßte.

Im Jahre 1833 sey der Frau Gräfin v. B. wegen vernachläßigter Erziehung ihrer Töchter das mütterliche Vormundschaftsrecht entzogen worden, und es unterliege dermal die Entscheidung ihrer hiegegen erhobenen Beschwerde dem allerhöchsten Ausspruche.

Schon damals habe das kön. Kr.- und Stadtgericht A. einen Interims-Curator in der Person des kön. Adv. Dr. K. von A. aufgestellt; als aber derselbe durch seine Versetzung von dem Gerichtssitze der Curatel entfernt wurde, habe das kön. Kr.- und Stadtger. A. zur Vermeidung aller Verzögerung und Kostspieligkeiten, welche ein getrennter Aufenthalt des Curators vom Curatelsitze unvermeidlich mit sich führt, einen andern Interim-Curator in der Person des k. Adv. D. zu A. aufgestellt.

Adv. K. sey so klug und bescheiden gewesen, die Zweckmäßigkeit dieser Verfügung einzusehen, und sich derselben ohne den mindesten Widerspruch zu unterwerfen, wozu ihm ohnedieß kein Recht an der Seite gestanden wäre.

Ganz anders habe sich aber der nemliche Fall in der jüngsten Zeit gestaltet, als durch die neue Eintheilung des Königreichs die Competenz zur Führung der Gräfl. B.'schen Curatel an das kön. Kreis- und Stadtger. C. übergegangen sey.

Dieses Gericht habe sich zwar auch also gleich von der Nothwendigkeit und Nützlichkeit, einen neuen Curator in loco

Judicii aufzustellen, überzeugt, sein unbezweifelhaftes Recht aber zu dieser competenzmäßigen Verfügung habe dasselbe gleichsam mit dem Interim-Curator Adv. Dr. D. getheilt, indem es demselben freistellte, seine allenfallsigen Erinnerungen gegen die Ernennung eines neuen Curators vorzubringen.

Da hier eine sehr einträgliche Curatel vorliege, so sey leicht vorauszusehen gewesen, daß gegen die Abgabe derselben Adv. D. remonstriren werde; schwer aber einzusehen sey, wie das kön. Kr.- und Stadtger. C. dazu gekommen, irgend Jemandem ein Widerspruchsrecht gegen Verfügungen einzuräumen, über welche ein solches Niemandem zustehe, es müßte nur seyn, daß man vielleicht dem Fräulein Mündel Gelegenheit verschaffen wollte, sich zu äußern, ob ihr der angeordnete Wechsel in der Person des Vormundes genehm sey oder nicht.

Die Folgen dieser Rücksichtnahme hätten sich auch sogleich gezeigt; Adv. D. nämlich habe gegen die Ernennung eines andern Curators auf der Stelle Verwahrung, und als diese wegen Dringenheit der Fortführung der Curatel unbeachtet blieb, gegen die stadtgerichtlichen Dekrete Berufung eingelegt?

Man hätte glauben sollen, daß das kön. Appellgericht den kön. Adv. D. belehren würde, daß ihm gegebenen Falles kein Widerspruchsrecht zur Seite stehe, da er ja nicht wegen vernachlässigter Führung der Vormundschaft, sondern nur aus äußern zufälligen Gründen der neuen Eintheilung des Königreiches und der hiedurch herbeigeführten Competenzveränderung der Curatorei enthoben wurde.

Das kön. Appellgericht habe aber die Sache ganz anders aufgegriffen; dasselbe habe nämlich ein Erkenntniß des höchst unerwarteten Inhaltes erlassen; daß

1) Adv. D. mit seinen Erinnerungen gegen die Aufstellung eines neuen Curators zu hören,
2) auch die Wünsche und Anträge der Fräulein Mündel zu erholen und
3) sodann weiter zu beschließen sey.

Aus einer ganz klaren noch nie in Frage gezo-

genen competenzmäßigen Verfügung sey also jetzt eine strittige Sache gemacht worden.

Er habe dem bisherigen Gange der Sache ruhig zugesehen, theils weil er eine solche Wendung derselben nie erwartet hätte, theils weil es gegen seine Grundsätze sey, seine Hilfe irgend Jemandem aufzudringen, und er sich schon in der ersten stadtgerichtlichen Verfügung so weit ausgekannt habe, daß man Recht thun wolle, ohne irgend Jemandem wehe zu thun; nur dann erst, als das kön. Kr.= und Stadtgericht C. durch die Renitenz des kön. Adv. D. sich so weit habe intimitiren lassen, daß es durch Verfügung vom 20. Apr. h. J. sogar den Stillstand der Curatelführung in so lange dekretirte, bis entschieden seyn würde, wer von beiden Curator zu bleiben habe, habe er sich gegen diese ganz unerhörte Sistirung aller richterlichen Pflichtthätigkeit verwahrt, und jetzt, nachdem das kön. App.=Ger. sogar den gewesenen Vormund fort amtiren lasse, und ihm alle Thätigkeit abspreche, halte er sich für verpflichtet, von einem solchen gesetzlich gar nicht zu rechtfertigenden Verfahren S. K. M. allerunterthänigste Anzeige zu machen, nicht um sich eine Vormundschaft zu erstreiten, sondern weil er sich bei seinem abgelegten Vormundschafts=Eide verpflichtet halte, ein Verfahren nicht zu dulden, welches sichtbar nicht die Sache, sondern nur Personen und Nebenrücksichten im Auge halte, und eine Menge Kostspieligkeiten und Verzögerungen im Gefolge führe, die dem Interesse der Fräulein Curandin schnurgerade entgegen stehen; gegen ein solches Verfahren suche er hier allerh. Abhilfe nach, und er suche diese Hilfe nicht bei dem kön. Oberappellgerichte, weil er nicht der Meinung sey, daß hier ein Streitgegenstand vorliege, sondern er halte diesen Fall geeignet nach § 49. und 51. der allerhöchsten Verordnung vom 17. Dez. 1825, vor S. K. M. allerhöchsten Ministerio der Justiz in huldvollste Beurtheilung gezogen zu werden.

Die Beschwerde des bisherigen Curators zerfalle in zwey Theile:

1) darüber, daß man ihn vor der fraglichen Vormundschaft entfernt, und

2) darüber, daß man ihn mit der Abgabe seiner Erinnerung hiegegen präcludirt habe, nachdem er den vorgestreckten Termin hiezu versäumt hatte.

In der rechtlichen Beurtheilung fallen beide Punkte in Einen zusammen, und wie grundlos die ganze Beschwerde, sey Th. 1. cap. 7. § 7. in not. Nro. 4. et § 22. Nro. 4. des L.-R. deutlich genug auseinander gesetzt, indem dort selbst ausdrücklich bestimmt werde, daß in dem hier vorliegenden Falle einer tutela dativa derjenige Richter zur Aufstellung eines Vormundes ermächtiget sey, der dem Domizil oder der gelegenen Sache nach competent ist. Dieses Recht der Competenz, mithin das Recht zur Ernennung eines Curators, sey durch die neue Eintheilung des Königreichs in vorliegender Sache dem kön. Kr.- und Stadtger. C. eben so unbestritten zugefallen, als es früherhin dem k. Kr.- und Stadtgerichte A. zugestanden sey; gleichwie letzteres weder Bedenken getragen, noch weniger Widerspruch erfahren habe, als es statt des nach D. versetzten Dr. K. den kön. Adv. D. als Curator aufgestellt habe, eben so wenig hätte man einen Widerspruch von Seite des Curators D. gegen die Aufstellung eines andern Curators am hiesigen Gerichtssitze erwarten sollen; denn es bedürfe wohl keiner nähern Deduktion, daß gegen diesen Ausfluß der obervormundschaftlichen Gewalt ihm kein Widerspruchsrecht zur Seite stehe, weil hier nicht von einer durch nachlässige oder culpose Führung der Vormundschaft verschuldeten, sondern nur von einer durch zufällige äußere Umstände herbeigeführten Amotion die Rede sey, und es sey schon eine sehr übertriebene gesetzlich gar nicht gegründete, allzuschüchterne Rücksichtnahme von Seite des kön. Stadtgerichts C. gewesen, ihm eine Erinnerung darüber abzufodern, worüber ihm keine zustund.

So wenig überhaupt einem Vormunde, der nur wegen zufälliger Veränderung des Gerichtssitzes und der Competenz der Vormundschafts-Behörde der Vormundschaft enthoben wird, ein Widerspruchs- oder gar Beschwerderecht hiegegen zustehe, eben so wenig könnte sich also auch Adv. D. darüber mit Grund beschweren, daß man ihm hiezu wegen Dringen-

heit der Sache einen präclusiven Termin ertheilt, und weil er diesen nicht einhielt, damit ausgeschlossen habe; denn wer überhaupt kein Widerspruchsrecht habe, dem komme auch keine Beschwerde darüber zu, daß man ihm einen zu kurzen Termin ertheile.

Es zeigte sich also die Dr. D.'sche Beschwerde in ihren beiden Theilen als gesetzlos, und das kön. Appellgericht in dem Erkenntnisse de publ. 22. dieß stimme dieser rechtlichen Ansicht selbst vollkommen bei.

Um so befremdender müsse daher die aus solchen Prämissen abgeleitete Conclusion seyn: daß dem Vormunde Adv. D. dennoch ein Erinnerungsrecht gegen seine nur durch äußere Zufälle herbeigeführte Amotion zustehe. Liest man die Entwickelung der Gründe, welche hiefür angeführt wurden, so möchte man mit dem großen Schöpfer des römischen Rechtes ausrufen:

Errubescimus sine lege loqui —

denn nicht ein einziger gesetzlicher Grund lasse sich für die Aufrechthaltung der hier vorgetragenen rechtlichen Meinung auffinden, sondern nichts anderes, als bloße Rücksichtnahme auf die Person des bisherigen Curators und der Fräulein Curandin spräche aus diesen Entscheidungsgründen. Wer hierein noch einen Zweifel setze, dem müsse er verschwinden, durch die Betrachtung, daß sogar die minderjährige Fräul. Gräfin selbst zur Abgabe ihrer Anträge und Wünsche aufgefodert wird, ein Fall, der sich wohl noch nie ereignet habe, da bekanntlich eine minderjährige Person keine eigene Meinung, keinen eigenen Mund, sondern eben wegen ihrer Unselbstständigkeit einen Vormund habe, und nun solle sie dessen Wahl entscheiden! —

Es scheine, daß das Ganze recht fein darauf berechnet sey, die Vormundschaft strittig zu machen, während der Entscheidung hierüber durch drei Instanzen dieselbe fortzuführen, bis die unterdessen herankommende Volljährigkeit der Fräul. Mündel dem angezettelten Hader von selbst ein Ende mache.

Ferne sey es von ihm, dieses Beispiel nachzuahmen, und durch Renitenz auch von seiner Seite eine reine Offizial-

sache ebenfalls als strittig anzuerkennen; denn wie schon gesagt, halte er es unter seiner Würde, sich in die fragliche Vormundschaft hinein zu disputiren; da er aber einmal von dem competenten Richter mit vollem ihm zustehenden Rechte als Vormund ernannt, als solcher in Eid und Pflicht genommen sey, so sehe er nicht ab, warum er sich auf diese Ernennung weniger zu Guten thun solle, als Adv. D. auf die des vorigen Richters.

Um aber zu beweisen daß keineswegs pekuniäres Interesse seiner gegenwärtigen Vorstellung zu Grunde liege, erkläre er für den Fall, daß die Fräul. Mündel (welche man nun doch einmal zur Abgabe ihrer Wünsche und Anträge einer majorenen Person gleich stelle) Gründe gegen seine Person haben sollte, er für diesen Fall im vorhinein auf seine Stellung verzichte; dem Eigennutze und der Arroganz des bisherigen Curators aber werde er nie weichen.

Daß die Beibehaltung eines 17 Poststunden vom Gerichtssitze entfernten Vormundes dem Interesse der Fräulein Mündel nachtheilig sey, darüber, dächte er, könnte Niemandem ein Zweifel kommen, der die Sache ohne Rücksicht auf ihre und des bisherigen Curators Wünsche und Anträge in Betrachtung ziehe. Gesetzt aber, jedoch nicht zugegeben, es sey für das Interesse der Fräul. Mündel eben so vortheilhaft, das Jahr hindurch einige 100 fl. mehr auszugeben, als sie zu ersparen, und es trete durch die so weite Entfernung des Curators gar keine Störung und Verzögerung im Geschäfte ein, so glaube er ohne alle Anmassung behaupten zu dürfen, daß andere Gründe vorwalten, welche ceteris paribus das kön. Kreis- und Stadtger. C. bewogen haben dürften, ihn als Interim-Curator aufzustellen; denn

1) sey er zur Fräul. Mündel nahe verwandt, und das Gesetz verordne ausdrücklich, daß als Vormünder vor allen andern Verwandte des Mündels genommen werden sollen;

2) sey er derselben ebenbürtig, und auch in dieser Beziehung räume ihm das Gesetz den Vorzug vor einem Unadelichen ein; endlich

3) habe in Führung der vorliegenden Vormundschaft die Kenntniß der italienischen Sprache einen großen Einfluß auf gründliche Beurtheilung und schleunige Führung der in Italien anhängigen Prozesse der Gräfl. v. B.-schen Relikten, bei denen Fräul. Gräfin v. B. ebenfalls betheiligt sey. Adv. D. sey des Italienischen nicht mächtig, sondern bedürfe zur Beurtheilung der ital. Angelegenheiten immer eines Dollmetschers, wodurch die rechtliche Führung derselben nicht nur viel kostspieliger gemacht, sondern auch bedeutend verzögert werde.

Aus diesen Gründen glaube er an S. K. M. in Erwartung huldvollster Gewährung die unterthänigste Bitte stellen zu dürfen:

Allerhöchstdieselben wollen geruhen, dem kön. Kreis- und Stadtger. C. die auf Ernennung eines neuen Interim-Curators bezüglichen Akten abzufodern, und von Oberst-Curatel-wegen dieses Gericht in seinen competenzmäßigen Verfügungen gerechtest zu schützen.

Eine besondere Bemerkung dringe ihm noch der Umstand ab, daß Adv. D. in seiner Beschwerde herkommen lasse, er habe

„besondere geheime Beweggründe“,

welche ihn bestimmen, auf Erhaltung der Vormundschaft zu bestehen.

Diese geheimen Beweggründe sollen darin bestehen, daß die Fräulein Curandin und ihre Frau Erzieherin besorgen, die der Vormundschaft entsetzte Frau Gräfin Mutter könnte sowohl bei dem Stadtgerichte C. (wo sie dermalen domicilire), als auch auf seine, des Curators Person einen Einfluß haben.

Gegen das kön. Stadtgericht sey eine solche Zumuthung wahrhaft strafbar, und gegen seine Person ganz grundlos; Adv. D. habe also gut gethan, solche Beweggründe vor Gericht geheim zu halten, noch besser aber hätte er gethan, sie außergerichtlich zu verschweigen, und dagegen in seiner Beschwerde zu entwickeln, denn — de internis non judicat praetor.

§ 4.

Allein auch das allerhöchste Ministerium erkannte in der stadtgerichtlichen Verfügung keinen unstreitigen Ausfluß der

obervormundschaftlichen Amtsthätigkeit, sondern eine Partei-sache, und ließ dem Beschwerde führenden Vormunde E. eröffnen: daß es nicht in dem Wirkungskreise des kön. Ministeriums der Justiz liege, eine Entscheidung in dieser zum Bereiche der einschlägigen Justizbehörden sich eignenden Sache zu erlassen.

— (In einer früheren ganz gleichen Sache erkannte sich das kön. Justizministerium ausdrücklich als kompetent an; vergl. die Minist.-Entschließung vom 11. Juli 1820 in Moritz Nov.-Sammlung zur bayer. G.-O. Bd. IV. S. 103.) —

§ 5.

Nunmehr erließ — nachdem inzwischen auch der frühere Vormund und seine Mündel mit ihren natürlich ganz übereinstimmenden Anträgen und Wünschen vernommen waren — nach Anordnung des Appellationsgerichl. Erkenntnisses vom 4. Mai 1838 das kön. Stadtgericht E. unterm 25. Januar 1839 neuerlichen Beschluß dahin, daß man

I. Die bereits am 9. Febr. 1838 beabsichtigte Änderung des Interim-Vormundes der vom kön. Adv. D. abgegebenen Erinnerungen und dem damit übereinstimmenden Antrage der Curandin ohngeachtet, noch fortwährend für nützlich und nothwendig erachte, daher

II. kön. Adv. E. dahier bis auf weiters an die Stelle des bisherigen Interim-Vormundes zu treten;

III. k. Adv. D. aber binnen vier Wochen seine auf die fragliche Curatelangelegenheiten bezüglichen Manualakten sammt Kostenverzeichniß vorzulegen und die empfangenen Vorschüsse zu verrechnen habe.

Zu dieser Verfügung wurde die Ober-Vormundschafts-Behörde durch nachstehende Rücksichten bewogen:

ad I. Die enge Verbindung, in welcher die konkrete Curatelsache mit den Verlassenschaftssachen des Grafen v. B., mit der dahin einschlägigen Administration der Güter D., H., und M., endlich mit mehreren Prozessen steht, wobei die

Curandin theils active, theils passive betheiligt erscheint, rechtfertiget zwar allerdings die Ansicht des kön. Adv. D. über die Bedeutenheit des Amtes, welches er bisher begleitete, über die nothwendige Vorsicht in der Wahl eines neuen Interim-Curator und deren Folgen; allein die dagegen erhobenen Bedenken vermochten die Ober-Vormundschaftsbehörde nicht, die schon am 9. Febr. 1838 im Allgemeinen ausgesprochenen Gründe aufzugeben und als widerlegt zu betrachten; denn

a) bleibt es dem arbitrio judicis überlassen, auch aus Motiven, welche im Gesetze namentlich § 24. Cap. VII. Thl. I. des L.-R. nicht genannt sind, eine Änderung in der Person des Interim-Curators zu treffen. Diese Befugniß ist nicht nur durch die Anerkennungen ad hunc locum cit. und durch das allerhöchste Rescript dd. 11. Juli 1820 (Thl. 4. der Moritz'schen Novellensammlung pag. 104.) bestättiget, sondern auch vom k. Appell.-Gericht in hochdessen Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse dd. 4. März 1838 ausdrücklich anerkannt worden. Sie liegt überdieß in der Stellung des Vormundes zum Vormundschaftsgerichte, dessen Organ der Vormund in Beförderung des curatelschaftlichen Interesses bildet, und selbst durch die eigene Haftung in den für den Curanden gepflogenen Handlungen die Haftung der Vormundschafts-Behörde nicht beseitiget.

Beiden ist durch das Gesetz ein und derselbe Zweck, die Beförderung jenes Interesses, vorgesteckt und kommt dem Vormunde bei divergirenden Ansichten lediglich ein votum deliberativum, aber kein decisivum zu.

b) Der oberrichterlichen Weisung gemäß mußten die Erinnerungen des kön. Adv. D. und die Wünsche der Minderjährigen selbst gehört werden. Letztere beschränken sich auf Beibehaltung des genannten Anwalts als Interim-Curator ohne Ausführung, können daher um so mehr mit den Motiven des k. Adv. D. gewürdiget werden, als das bayer. L.-R. außer dem Falle der Bitte um Bevormundung resp. dem gänzlichen Mangel eines Curators, dem Minderjährigen keine

Sprache gestattet, vielmehr nur den Vormund für ihn mit rechtlicher Wirksamkeit sprechen läßt.

c) Mögen nun die Motive für Änderung der Person des Interim-Vormundes in seinem Verschulden oder in äußeren Umständen liegen, wie in concreto, wo das Realvermögen unter die Jurisdiction des kön. Kreisgerichts C. gelangte, ohne daß eine Veränderung in der Person der Eigenthümerin oder in deren Domizil vor sich gegangen, so wird zur Remotion des Curators ein erheblicher Grund gefodert, und deren liegen mehrere zum Ausspruche ad I. hinreichend vor.

d) Kön. Adv. D. domizilirt zu A., also bekanntermassen 18 Stunden von C. und wenigstens 12 Stunden von dem Hauptgute resp. Prinzipalvermögen der Curandin, während C. nur 4 Stunden von D. entfernt liegt. Der Curator ist zwar mit keiner selbstständigen Gutsadministration belastet; allein Baureparaturen von Relevanz, Neubauten, Verpachtungen von Realitäten, Nachsicht in der Amts- und Renten-Verwaltung, und andere mit seinem Amte in Bezug stehende Geschäfte führten ihn schon mehrmals nach D.; diese Veranlassungen können ihrer Natur nach wiederkehren, und erfodern auf größere Entfernung auch desto größeren Aufwand.

Zwar sieht kön. Adv. D. darin einen Grund für seine Beibehaltung als Interim-Curator, daß er die Bediensteten der Curandin, so wie diese selbst persönlich mit ihren individuelen Eigenschaften kennen gelernt, das Vertrauen seiner in geistiger Ausbildung begriffenen Curandin erworben hat, und daß in der Curatelsache, der Verlassenschaftssache, so wie in der Administration bereits Anordnungen getroffen sind, welche die gegenwärtige Behörde der ersten dringendsten Verfügungen überheben, demnach auch die Leitung sowohl für den Vormund, wie für das Gericht einfach und leicht machen.

Aber einerseits ist nicht abzusehen, wie persönliche Bekanntschaft mit der Curandin und den Bediensteten derselben für Erfüllung curatorschaftlicher Pflichten vortheilhaft seyn soll, so lange nur aktenmäßige Thatsachen und constatirte Verhältnisse coram judice et curatore ausschließende Be-

weggründe für jede Handlung und Verfügung abzugeben vermögen.

Von diesem gesetzlich vorgeschriebenen Leitfaden abzugehen, würde eine mündliche Tradition von Privaterfahrungen nothwendig machen, welche den Grundsätzen der positiven Gesetzgebung fremd ist, und mit dem Abgang eines Vormundes auf lange Zeit die schädlichste Unsicherheit in die weitere Leitung der Curatel, Verlassenschafts- und Administrations-Angelegenheit bringen würde.

Die vorliegenden Gerichtsakten enthalten zur Zeit genügende Data für fernere gerichtliche Verfügungen in obigen Angelegenheiten, wie für Stellung der nöthigen Anträge von Seiten eines neuen Interim-Curators ohne der Privatnotizen zu bedürfen, welche kön. Adv. D. für unentbehrlich hält. — Die aktenmässige Gewißheit über das körperliche Wohlseyn der Curandin und die glücklichen Fortschritte in geistiger Ausbildung unter der mütterlich-sorgsamen Hand einer geachteten Erzieherin macht jedes fernere Bedenken überflüssig, um so mehr, als auch bei der gegenwärtigen Wahl des Interim-Curators, dessen Fähigkeit wohl erwogen und des gerichtlichen Vertrauens würdig befunden wurde, somit auch des Vertrauens der in Urtheile und Handlung beschränkten Curandin, würdig ist. —

Anderseits muß dem kön. Adv. D. aus dem in den Graf B.'schen Rechtsangelegenheiten ventilirten Akten wohl bekannt seyn, daß dieselben noch nicht so geordnet sind, daß sie einer nicht mehr als einfachen Leitung bedürfen. — Die zum Nachlasse angemeldeten Passiven sind noch keineswegs liquid gestellt; es eröffnet sich vielmehr die Aussicht auf deßfallsige Streitigkeiten zwischen der Curatel, der Frau Gräfin von B. und den Gläubigern. Die Vermögens-Angelegenheiten der Graf v. B.'schen Zwillingstöchter in Italien beruhen seit 7. Juni 1827 auf Begutachtung einer Übereinkunft, welche mehr einem Verzicht der Curatel als einen unter dem Namen Vergleich vorliegenden Vertrag bezielt, sonach der sorgfältigsten Prüfung werth scheint.

e) Nicht nur zu dieser Prüfung, sondern auch zu man-

chen Erklärungen und Anträgen des Interim-Curators sind die Gerichtsakten, selbst bei der größtmöglichen Ausdehnung der Manualakten, unentbehrlich, denn ihnen müssen nothwendigerweise die in der Verlassenschaft des Grafen von B., die Gutsadministrations-Akten und selbst Rechtsverhältnisse zu Grund gelegt werden, welche nur aus den gerichtlichen Streit-Akten und den zur Cognition des Curators nicht gekommenen Urkunden zu entnehmen sind. Dergleichen Akten lassen sich zwar versenden, aber nicht nur mit großem Kostenaufwande, sondern auch mit großem Zeitverlust und Stillstand aller gerichtlichen Verfügung, soll diese nicht ohne Akten auf unsichere Erinnerung hin erlassen werden, abgesehen davon, daß die Versendung weitwendiger Akten laut gemachten Erfahrungen Gefahr für deren Rückkehr in vollkommenem Zustande, nach sich zieht.

Die Einsicht der Akten in loco judicii ist daher ein unabweisbares Auskunftmittel und öfteres Refugium für den Curator. Es soll aber dem Curanden auch kein allzukostspieliges seyn. — So wie die Versendung der Akten höchst unrathsam sich darstellt, eben so erscheint die Reise des Curators zu den Akten, dahier in 42 Faszikeln vorliegend, kostenverschwenderisch und unstatthaft, so lange ohne Nachtheil des Curanden und der gerichtlichen und vormundschaftlichen Funktionen Abhülfe möglich ist.

f) Sie ist möglich ohne solchen Nachtheil, denn k. Adv. C. in C. also am Sitze der Vormundschafts-, Verlassenschafts- und Administrations-Behörde hat die vom kön. Kreis- und Stadtgerichte A. anhergesendeten Akten unmittelbar nach seiner Verpflichtung als Interim-Curator nicht nur inspizirt, sondern bis zum Erlasse des hohen Erkenntnisses dd. 4. publ. 22. Mai 1838 auch durchgreifende Anträge gestellt, welche das Studium der mehrbesagten Akten genügend beweisen. — Sollten auf die in III^tia vorliegenden Akten rekurrirt werden müssen, was jedoch dermalen wegen des vom jetzigen Stand der Sache ganz verschiedenen punctum revisionis nicht zu vermuthen steht, so kann der Anhaltspunkt aus den Manual-Akten des kön. Adv. D. entnommen werden. — Irrig ist die

Ansicht desselben, daß die muthmaßliche Bestättigung III^ae des getroffenen Provisorium resp. der bestellten Interim-Curatel, eine neuerliche Veränderung der Person des Curators zur Folge haben muß. Von der Nothwendigkeit solch neuerlicher Änderung enthält das Gesetz § 28. cap. VII. Thl. I. des L.-R. nichts, sondern verweist in Nr. 2. resp. 1. l. c. vielmehr auf die für einen definitiven Vormund gegebenen Bestimmungen, denen zufolge lediglich die Fähigkeit des Curators, die Lage des Vermögens und die übrigen relevanten Umstände zu prüfen und ihnen gemäß entweder das Provisorium in ein Definitivum umzuwandeln, oder nur im Falle von dermalen unbekannten Hindernissen ein anderes fähiges Individuum als Vormund definitiv zu verpflichten ist.

Das übrige Vorbringen von dem Verkehr mit der Mutter der Curandin und der Erziehung der Letzteren betreffend, so erscheint selbes in erster Beziehung gänzlich irrelevant, und in letzter Beziehung ungegründet; denn nicht dem Interim-Curator, sondern dem Institute zu St., ist die Erziehung der Curandin anvertraut, sein Einfluß also hierauf wie das Vertrauen derselben zu ihm ohne Nutzen für deren geistige Ausbildung. Die sorgsame Wahrnehmung ihres wahren Interesses, ihrer Rechte in Vermögensangelegenheiten, Handlungen, welche nur bonus pater familias vornimmt, begründen dieses Vertrauen bei der Vormundschaftsbehörde wie den einstigen Dank der zur Volljährigkeit gelangten Curandin.

Die Änderung eines Interim-Vormundes ist daher nach obiger Deduction nicht nur dem Interesse der Curandin und der Behandlung ihrer gerichtlichen Angelegenheiten nicht schädlich, sondern sogar vortheilhaft und wird hiebei bemerkt, daß das Offert einer unentgeldlichen Dienstleistung in der Curatelsache als mit dem Stande und Vermögen der Gräfin von B. unvereinbarlich gefunden, ihr also die allenfallsige Acceptation bis zum Eintritt ihrer Volljährigkeit vorbehalten bleibt.

ad II. Königl. Adv. E. nach seinen Domizils-Verhältnissen und übrigen Eigenschaften wurde schon am 9. Febr. 1838 als fähig zur Übernahme der Interim-Curatelstelle erachtet, in Pflicht genommen, seine deßfalls eidlich angelob-

ten Pflichten leben demnach wieder auf und bedarf es seiner Seits nur eine auf seinen geleisteten Eid bezugnehmende Versicherung.

§ 6.

Noch vor Eröffnung dieses Beschlusses, gegen welchen eine Berufung des frühern Vormundes voraussichtlich war, bat der später ernannte Vormund, ihn der übertragenen Curatie gnädigst wieder zu entheben, weil er sich für zu gut halte, der am Ende doch ausgelachte Zuschauer bei diesem Intriguenspiele zu seyn. Das kön. Stadtgericht C. verwarf zwar dieses Entlassungsgesuch wegen Mangels gesetzlicher Gründe zur Ablehnung der Vormundschaft, das kön. Appellationsgericht aber ging darauf ein — wie in dessen später aufgeführtem Erkenntnisse vorkommt; — indeß appellirte der frühere Vormund Adv. D. gegen den stadtgerichtl. Beschluß vom 29. Jan. 1839 nicht, sondern (was wohl ein ganz unerhörter Fall seyn möchte!) das Fräulein Mündel selbst appellirte, und ihre Berufung wurde vom Oberrichter angenommen. Sie ist folgenden, jeder gesetzlichen Begründung durchgehends entbehrenden Inhalts.

St. den 29. Febr. 1839.

Kön. Appellationsgericht!

Die vom kön. Kreis- und Stadtgerichte C. meinem bisherigen Herrn Interim-Vormunde am 2. d. M. eröffnete und von ihm mir mitgetheilte Entschließung d. 25. Jän. 1839, kraft welcher die schon am 9. Febr. v. Js. beabsichtigte Remotion desselben fortwährend für nützlich und nothwendig erachtet und mir an seiner Stelle der kön. Adv. C. als Interims-Vormund beigegeben wird, hat mich in die größte Bestürzung versetzt.

Herr Adv. D. hat meinen dringenden Bitten, diese Verfügung mittels abermaliger Beschwerde zur Cognition und Entscheidung des der Obervormundschaft vorgesetzten kön. Gerichtshofs zu bringen, aus Rücksichten der Ehre nicht ent-

sprechen zu können erklärt; ich aber kann mich unmöglich dabei beruhigen und muß, da mir kein anderer Ausweg offen steht, die Sache an den höchsten Oberrichter zu devolviren, gleichwohl selbst meine Stimme wider den kreisgerichtl. Beschluß erheben.

Ich weiß zwar, daß mir meiner Minderjährigkeit wegen durch die Gesetze verwehrt ist, selbstständig und ohne die Bewilligung und Autorität eines Vormundes Prozesse zu führen oder auch in nicht streitigen Angelegenheiten Handlungen vorzunehmen; allein von einem Prozeßakt ist hier nicht die Sprache und was die nicht prozessualen Handlungen betrifft, so erlaubt das Gesetz (Ldr. Thl. I. c. 7. § 17.) dem Pupillen allerdings auch ohne Beistand des Vormunds seinen Vortheil zu wahren und erklärt es für zulässig und hinreichend, daß der Vormund nachträglich darüber vernommen wird und seine Genehmigung dazu ertheilt, welche er nach Nr. 5. a. a. O. in Handlungen, die des Pupillen offenbaren Nutzen betreffen, nicht einmal versagen darf. So gut demnach der Pupill zufolge § 8. Nr. 1. ohne Beistand um einen Vormund nachsuchen kann und zufolge § 22. Nr. 1. ebendaselbst angehört werden muß, wenn er auf Entfernung eines pflichtvergessenen Vormunds dringt, so wenig darf und wird mir das Gehör verschlossen werden, der ein Vormund entzogen werden will, durch dessen Entfernung ich mein physisches und moralisches Wohl abermals mit Gefährde bedroht sehe.

Nein, das kön. Appellationsgericht wird mich mit meiner Beschwerde wider eine obervormundschaftliche Verfügung, die ich für höchst einflußreich auf mein künftiges Lebensglück halte, nicht von der Schwelle zurückweisen, weil ich sie, durch vormundschaftliche Autorität unterstützt, nicht überreichen kann, sondern um so mehr huldvollst Rücksicht darauf nehmen, als Höchstdasselbe bereits im Rescripte v. 4. Mai v. Js. mich mit meinen Wünschen und Anträgen zu hören befahl und ich ohnehin schon im 20. Lebensjahre, folglich dem Alter der Großjährigkeit ganz nahe stehe und als ferner kein Hinderniß im Wege liegt, mir, da mein bisheriger Interim-Vormund removirt ist und der ihm substituirte ein

gegentheiliges Interesse hat, nöthigenfalls einen eigenen Vormund aufzustellen, damit er mir zu diesem spezielen Akt der Beschwerdeführung wider die Obervormundschaftsbehörde assistire resp. ihr durch nachträgliche Interponirung seiner Autorität Gehör verschaffe.

Dieses vorausgesetzt erlaube ich mir meine Beschwerde folgendermassen zu begründen:

1) Die Entfernung meines bisherigen Interim-Vormunds von meinen Gütern hat keineswegs solche Beschwernisse und so bedeutenden Kosten-Mehraufwand zur Folge, daß sie einen erheblichen Grund zu seiner Removirung darbieten könnte.

Ich bitte den hohen Gerichtshof vor allem, nicht aus den Augen zu verlieren, daß ich in einem Jahre und einigen Monaten das Alter der Großjährigkeit erreiche (wenn ich sie, wozu ich entschlossen bin, von der allerhöchsten Gnade Seiner Königlichen Majestät nicht früher mir erwirke), daß also meine Weigerung, einen neuen Interims-Curator anzunehmen, nicht mehr als bloße kindische Laune oder unüberlegter Trotz betrachtet werden kann und die Zeit vor der Thüre ist, wo mein Verstand und meine Urtheilskraft seine volle Reife erlangt und mir die freie selbstständige Verfügung über mein Vermögen überlassen werden muß. So nahe ihrem völligen Ende, wie kann da meine bisherige Interims-Curatel im Falle ihres Fortbestehens mehr einen Kostenaufwand zur Folge haben, der nur von Ferne durch die Vortheile aufgewogen würde, welche nach der Ansicht des kön. Kreis- und Stadtgerichts durch den verfügten Wechsel mir zugewendet werden! —

Faßt man diese Vortheile, wie Hochdasselbe über die Massen wortreich sie aufzählt, zusammen, bestehen sie denn in mehr, als in der Ersparung von ein paar hundert Gulden Reisediäten und Postportis? Offenbar nicht; denn Hochdasselbe hat ja selbst zugegeben, was das k. Appellationsgericht gleichfalls schon aus den Akten weiß, daß die Administration meines Vermögens auf's beßte und einfachste geordnet und von ver-

pflichteten Bediensteten besorgt wird, welche lediglich unter der Kontrolle und Oberaufsicht des Interim-Curators stehen.

Daß aber die Reisen, welche diese Kontrolle und Oberaufsicht nothwendig macht, keineswegs sehr zahlreich sind, lassen die Expensarien des kön. Adv. D. entnehmen, und daß sie auch für die Zukunft keinen besorglichen Kostenaufwand verursachen werden, ist um so gewisser, als die Dauer der Interim-Curatel, wie schon gesagt, nur mehr kurz ist, die Geschäfte der Neubauten und Verpachtungen, welche früher die Anwesenheit des Herrn Interim-Curators öfter erheischten, in dieser kurzen Zeit sich nicht mehr wiederholen oder doch bei den Lokal- und Personalverhältnissen, die sich derselbe erworben hat, auch auf dem Korrespondenzwege sich schlichten lassen werden, und als dessen bisheriges Benehmen so voll wohlwollender Sorgfalt und uneigennützigen Eifers für mein Beßtes war, daß es ungerecht wäre, der Besorgniß Raum zu geben, er könnte die Vornahme solcher Reisen weiter ausdehnen, als es die unumgängliche Nothwendigkeit gebieten würde. Abgesehen davon aber, so müßte ja der neue Herr Interim-Curator zum Behufe der ihm übertragenen Kontrolle und Oberaufsicht ebenfalls derlei Reisen unternehmen und der geringe Minderbetrag an Reisediäten, welche er mir wegen geringerer Entfernung von meinem Realbesitzthum aufrechnen könnte, würde dadurch wieder überwogen, daß er, was zum ersprießlichen Verwalten seines Amtes unentbehrlich ist, erst noch die Gutslocalitäten, so wie die Bediensteten und Pächter näher kennen lernen und zu dem Ende öfter, als mein bisheriger Curator, der schon im Besitz dieser Kenntnisse ist, an Ort und Stelle reisen und länger dort verweilen müßte.

Daß aber der Letztere meine Rechtsangelegenheiten, insbesondere meine Vertretung in der Verlassenschaftssache meiner hingeschiedenen Zwillingsschwester und in der mein Vermögen in Italien betreffenden Angelegenheit ungeachtet seiner seit langer Zeit durch eifriges Studium sich gesammelten, umfassenden Aktenkenntnisse und ungeachtet seiner sehr vollständigen Handakten, nicht mehr mit ersprießlichem Erfolge

soll fortführen können, weil er sie nicht jeden Augenblick auf der Stelle inspiziren kann, hat zwar das kön. Kreis- und Stadtgericht weitläufig versichert; allein weder ich habe dieses zu begreifen vermocht, noch will es andern sachkundigen und rechtsverständigen Personen, die ich darüber zu Rath gezogen habe, einleuchten. Vielmehr läßt sich nach der letztern Ansicht und Erfahrung alles, was in den Judizialakten enthalten ist, so weit es zur Nachhülfe des Gedächtnisses erfordert wird, auch in die Manualakten übertragen, so wie es weder nothwendig noch üblich ist, die Anträge und Vernehmlassungen des Vormundes in so bedeutenden und verwickelten Verlassenschafts- und Curatelsachen mündlich und zu Protokoll zu stellen und zu pflegen, sondern beides leichter und zweckmässiger auf dem Wege schriftlicher Korrespondenz geschieht.

Eben so ist nach den Erfahrungen dieser Sachkenner die Entfernung zwischen C. und A., welche in täglichem Postverkehr zu einander stehen, durchaus nicht zu weit, um es dem Interim-Vormunde, wenn nur die Obervormundschafts-Behörde rasch verfügt, in dringenden Fällen möglich zu machen, rechtzeitig seine Erklärungen und Anträge abzugeben und sich zu dem Ende die Judizialakten, deren Einsicht allenfalls noch ungeachtet der ihm zu Gebot stehenden Manualakten nothwendig werden könnte, vorher noch entweder zur Einsicht mittheilen, oder durch einen Bevollmächtigten einsehen zu lassen, oder (was aber nach dem gewöhnlichen Gange des gerichtlichen Verfahrens gewiß nicht vorkommen wird) auf der Stelle an den Sitz des Gerichts zur Vorkehrung der geeigneten Maaßregeln sich zu begeben. — Was aber die hiedurch sich ergebenden Kosten betrifft, so können solche Fälle in der kurzen Frist von einem Jahre und einigen Monaten nicht mehr häufig vorkommen und um hundert Gulden lassen sich manche Aktenversendungen vornehmen und manche Reisen von A. nach C. bestreiten, so, daß die Summe der Ausgaben, welche das kön. Kreis- und Stadtgericht durch seine gravirliche Verfügung mir ersparen will, keineswegs so hoch sich belaufen kann und wird, um ein erhebli-

ches Motiv zur Remotion eines Interim-Vormundes zu bilden, der seine Pflicht so allseitig und vollkommen erfüllt und bisher mein Beßtes so eifrig, gewissenhaft und erfolgreich besorgt hat.

Warum ist denn das kön. Kreis- und Stadtgericht, während es einerseits das vom Herrn Advokaten D. mir gemachte Offert unentgeldlicher Dienstleistung als mit meinem Stande und meinem Vermögen unvereinbar verwirft, andererseits so übertrieben ängstlich bemüht, mir einige hundert Gulden an Porto und Reisediäten zu erhausen, mir, der ich schon auf dem Punkte, in die Volljährigkeit hinüber zu treten, feierlich erkläre, daß ich diese Art von Ökonomie mit meinem Stande und meinem Vermögen nicht für vereinbar finde, und daß ich der hohen Obervormundschaft nach Beendigung der Curatel dafür danken werde, wenn man die fraglichen Ausgaben nicht erspart, dagegen aber die bisherige Interim-Curatel unverändert läßt?

Ohnedieß wird durch eine solche Veränderung auch in letzterwähnter Beziehung nur scheinbar erspart, da der Betrag der Ausgaben, denen das kön. Kreis- und Stadtgericht vorbeugen will, ganz gewiß durch die Kosten des Mühe- und Zeitaufwandes überstiegen wird, welche der neue Vormund zu machen hätte, um sich in die voluminosen Verlassenschafts- und Curatels-, nebst Vor- und Adhibentakten, dann in die verschiedenen, über mein Vermögen im Laufe befindlichen Streitsachen so weit hineinzufinden, als sie Herr Adv. D. inne hat, abgesehen von den übrigen Nachtheilen, welche jeder Gerichts-Referenten-Vormunds- und Anwalts-Wechsel für den raschen, konsequenten und somit gedeihlichen Fortgang ihrer Geschäfte an und für sich hat.

Aus diesem allem erhellt gewiß klar, daß die geringe Entfernung meines bisherigen Herrn Interim-Vormundes durchaus nicht so erhebliche Kosten und Inkonvenienzen nach sich zieht, um seine Entfernung von der Curatel gesetzlich zu rechtfertigen.

Noch weniger aber läßt sie sich rechtfertigen, wenn man

2) die Nachtheile in's Auge faßt, mit welchen sie mich bedrohen würde.

Die übrigens sehr verehrliche Obervormundschafts-Behörde war bei der Fassung ihres in Rede stehenden Beschlusses nach den ihm unterlegten Erwägungen lediglich von der Sorge für mein Vermögen durchdrungen; darüber, daß es nach dem Gesetze (Ldr. a. a. O. § 11. Nr. 1.) Hochderselben sowohl als dem Interim-Vormunde zuvörderst obliegt, für des Pupillen Person, namentlich für seine Erziehung Sorge zu tragen, scheint sie bei ihrer Beschlußfassung mit weniger Ängstlichkeit hinweggegangen zu seyn. Sonst hätte das kön. Kreis- und Stadtgericht aus den Akten sich überzeugt (woran ich kaum mehr zurückzudenken wage), wie höchst mißlich es um meine und meiner verlebten Schwester leibliche und sittliche Wohlfahrt stand, ehe die bisherige Interim-Vormundschaft angeordnet wurde, welche Umtriebe und Machinationen aufgeboten wurden, um derselben alle möglichen Hindernisse in den Weg zu legen, insbesondere aber mich (wie früher auch meine Schwester) der mütterlichen, wahrhaft liebevollen Pflege und Leitung der würdigen Frau wieder zu entziehen, deren Händen die Interim-Vormundschaft mit weiser Sorgfalt mich anvertraut und welche die tiefverwahrloste Pflanze meiner physischen und geistigen Ausbildung noch gerettet und zum freudigen blühenden Leben emporgerichtet hat. Sonst hätte Hochdasselbe erwogen, wie sehr mir davor bangen muß, aus diesem glücklichen Zustande wieder herausgerissen und auf's neue den Gefahren ausgesetzt zu werden, vor denen ich noch zu rechter Zeit Schutz fand; es hätte erwogen, daß ich mir Glück wünschen mußte, in meinem bisherigen Interim-Vormunde einen edlen, wohlwollenden Freund gefunden zu haben, der den Versuchen, mich meinem Asyl zu entziehen, mit Festigkeit entgegentrat und seine Pflicht gleichwohl mit einer zarten Schonung für die Gefühle zu vereinigen wußte, die das unselige Verhältniß zu meiner Mutter in mir doch nie zu unterdrücken vermochte; es hätte bedacht, daß es für mich peinlich seyn müsse, mich über dieses Verhältniß auf's neue mit

einem mir Fremden zu verständigen und daß ich, das Gewisse dem Ungewissen vorziehend, die Aufstellung eines neuen Vormundes, den ich nicht kenne und der weder mich noch meine Mutter kennt, nur mit banger Unruhe ansehen könne; daß diese Unruhe noch mehr gesteigert werden müsse, wenn er mir für den Mann meines Vertrauens aufgedrungen würde, und daß das hiedurch in mir erweckte Mißtrauen eine Scheidewand zwischen mir und ihm bilden werde, welche seinem ersprießlichen Einwirken auf meine fernere Erziehung ein unübersteigliches Hinderniß entgegensetzt. Hochdasselbe hätte in dieser Erwägung und aus zarter Rücksicht auf meinen Stand, mein Geschlecht und mein der Majorenität nahes Alter bei seiner Beschlußfassung auch meinen Wünschen einige Beachtung geschenkt und mir an der Stelle des Vormundes, auf den ich unbedingt baue, nicht einen andern gegeben, auf den ich, ohne seinen vorzüglichen Eigenschaften auch nur von Ferne nahe treten zu wollen, schon aus dem einzigen Grunde immer nur mit unsicherer Scheu blicken werde, weil ich ihn durchaus haben soll und muß.

Ich kann die Hoffnung nicht aufgeben, das kön. Appellationsgericht werde diese Seite der in Rede stehenden Angelegenheit weniger gleichgültig betrachten, als das königl. Kreis- und Stadtgericht gethan hat und auf der andern Seite die Nachtheile, welche die hohe Obervormundschaft in der Fortdauer der bisherigen Interim-Curatel wegen der Entfernung des Herrn Adv. D. von D. und C. zu erblicken glaubte, als unerheblich erkennen.

Ich erlaube mir daher nur noch zu bemerken, daß das kön. Kreis- und Stadtgericht, indem es den neu ernannten Interim-Vormund seine Funktionen gleich antreten ließ, zu voreilig gehandelt hat und daß diese voreilige Vollziehung seiner Beschlüsse keinen Grund zu ihrer Bestättigung geben kann, und schließe mit der unterthänigsten Bitte:

Kön. Appellationsgericht geruhe nöthigenfalls mir ad hunc actum specialem einen Curator aufzustellen, als welchen ich den Anwalt der Anstalt, in der ich mich befinde, kön. Adv. L. in St., vorschlage und so-

fort die kreis- und stadtgerichtliche Entschließung vom 25. v. M. huldvollst dahin abzuändern, daß mir der bisherige Interim-Vormund, Herr Adv. D. in A., zu belassen sey.

§ 7.

Die vom kön. Appellationsgerichte erbetene Entscheidung fiel, wie schon die frühere, ganz nach dem Wunsche und den Anträgen der Fräulein Mündel dahin aus:

1) daß der ganze (?) Beschluß des kön. Kreis- und Stadtgerichts C. vom 25. Jänner 1839 aufzuheben sey, und es bei der früher bestellten Interim-Curatel sein Verbleiben habe, sofort

2) der kön. Adv. D. als Interim-Curator beizubehalten, und ihm alles zu extradiren sey, was dem kön. Adv. C. zugestellt worden,

3) die Kosten dieser Entscheidung aus der Curatelmasse zu bestreiten seyen.

Gründe.

Das kön. Kreis- und Stadtgericht C. hat in dem Beschlusse vom 25. Jänner 1839 die am 9. Febr. 1838 verfügte Änderung des Interim-Vormundes für nützlich und nothwendig erachtet, den kön. Adv. C. bis auf weiters in die Stelle des bisherigen Interim-Vormundes treten lassen, und den kön. Adv. D. beauftragt, alles an denselben hinauszugeben.

Der kön. Adv. C. remonstrirte gegen die Übertragung der Interim-Curatel, wurde aber nach der weitern Verfügung v. 8. Febr. 1839 mit seinem Antrage nicht berücksichtiget; auch die Curandin Fräul. Gräf. von B. wollte sich bei der Entfernung ihres bisherigen Interim-Curators nicht beruhigen und übergab gegen den angeführten Beschluß v. 25. Jänner 1839 am 2. d. M. eine Beschwerde, in welcher sie die Bitte stellte, ihr den bisherigen Interim-Vormund zu belassen, so wie sich der Adv. C. nachträglich gleichfalls an

das kön. Appellationsgericht wendete, um von dieser Interim-Curatel entlassen zu werden.

Nach den vorliegenden Erklärungen und aktenmässigen Verhältnissen kann der angeführte Beschluß nicht aufrecht erhalten werden, und unter Beziehung auf das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 4. Mai 1838 wird noch angeführt,

a) wenn auch für die Curandin sich einiger Vortheil hinsichtlich der Kostenersparung durch die Aufstellung eines Curators am Gerichtssitze selbst ergeben sollte, so ist doch keine hinreichende Veranlassung gegeben, diesen Umstand besonders zu berücksichtigen, und eben so wenig kann aus erheblichen Gründen angenommen werden, daß die besondern bei dieser Curatel obwaltenden Verhältnisse bei der Vertretung der Curandin eine speziele Berücksichtigung der Person des Curators erfodere;

b) abgesehen von den Erklärungen der Betheiligten stellt sich eine Änderung der Curatel zur Zeit weder nothwendig, noch von besonderm Nutzen dar, vielmehr läßt sich im allgemeinen vermuthen, daß eine Änderung in dergleichen verwickelten Angelegenheiten nicht ohne Nachtheil vorgenommen werden kann;

c) muß insbesondere der Umstand für wesentlich erachtet werden, daß die Fräul. A. v. B. in kurzer Zeit großjährig wird, die Curatel dann hinwegfällt, und eine Änderung für diesen kurzen Zeitraum nur aus besonders wichtigen Ursachen, bei allenfalls zu erwartenden Nachtheilen, oder wegen anderer bedeutenden Rücksichten eintreten könnte;

d) sind eben wegen dieser nahen Großjährigkeit die Wünsche und Anträge zu würdigen, welche von der Curandin angebracht werden; dieselben sind von der Art, daß ihnen nichts Erhebliches entgegensteht, und ihre Gewährung läßt zur Zeit in keiner Beziehung einen nachtheiligen Erfolg besorgen; endlich

e) will der kön. Adv. E. selbst dieser Curatel sich nicht mehr unterziehen, und hat deßwegen um Entlassung von dieser Interim-Curatel nachgesucht, welchem Antrage um so mehr statt gegeben werden muß, als sonst demselben wider

seinen Willen dieses Geschäft übertragen und der Curandin gegen ihren Wunsch ein neuer Curator beigegeben würde, was nach den gesetzlichen Bestimmungen (Ldr. Thl. I. cap. 7. § 7. 17. 22. ꝛc. ꝛc.) abgesehen von allen weiteren, allerdings zu beachtenden Verhältnissen nicht eintreten kann.

Demnach mußte der Beschluß vom 25. Jänner h. Js. wieder aufgehoben und dem Antrage der Curandin ihr den Interim-Curator kön. Adv. D. zu belassen, statt gegeben, und wie geschehen, erkannt werden, indem dadurch die Verfügung vom 8. Febr. 1839 und jede Einmischung des kön. Adv. E. ohnehin wegfällt.

Die Kosten waren bei den angeführten Umständen der Curatelmasse aufzurechnen.

St. am 22. März 1839.

§ 8.

Gegen diesen Beschluß trat nun die Mutter der Fräul. Curandin unterm 30. April 1839 mit einer Revision bei dem kön. Oberappellationsgerichte auf, deren Inhalt folgender ist.

Ein Fall, der in den Annalen der Justizpflege seines Gleichen nicht finden wird, zwingt mich, meine Zuflucht zur Gerechtigkeit E. K. M. zu nehmen; Allerh. Dero Appellger. ⁂ hat einen Spruch erlassen, der auf die Intelligenz dieses hohen Gerichtshofes einen tiefen Schatten werfen würde, wenn nicht viele andere ausgezeichnete Urtheilsschöpfungen jeden Zweifel in dieser Beziehung gründlich beseitigten; denn es ist ein Spruch ergangen, durch welchen das Kind über die Mutter, das Mündel über den Vormund, der Vormund über die Obervormundschaftsbehörde gesetzt, und letzterer in ihrem competenzmäßigen Wirkungskreise herabwürdigende Schranken gezogen werden, welche jedem freudigen Eifer in Erfüllung ihrer wichtigen Pflichten abstossend im Wege stehen müssen — ein Rechtsspruch ist ergangen, der, wenn er geduldet wird, und ihm ähnliche auch anderwärts nachfolgen sollten, den Prärogativen E. K. M. in Ertheilung der venia aetatis auf eine Art zu nahe treten würde, welche in keinem Gesetze Rechtfertigung findet, und mich

Allerh. Dero huldvollster Aufmerksamkeit auf meine nachfolgenden Beschwerdepunkte im vorhinein versichert.

Durch das k. Stadtger. A. wurde mir im Jahre 1833 die Vormundschaft über meine beiden Töchter abgenommen, und es steht der Spruch über die Gerechtigkeit, oder das Ungerechte dieser Verfügung von dem obersten Gerichtshofe des Königreiches stündlich zu erwarten, daher ich mich jedes Urtheils hierüber zur Zeit enthalten will.

Mit der faktischen Trennung der Kinder löste sich leider auch das Band ihrer natürlichen Liebe zu mir mehr und mehr auf, und nur der Richter über uns alle kann denjenigen, welche dieses betrübende Ereigniß für mein Mutterherz herbeigeführt haben, verzeihen, oder gebührende Ahndung zu Theil werden lassen. Auch über diesen Punkt will ich hier schweigen, und nur bemerken, daß seit dieser Zeit das eine meiner Kinder in dem Klosterinstitute zu St. bereits mit Tod abging, ohne daß ich vorhergängige Anzeige über Erkrankung desselben erhielt, ohne daß mir gegönnt war, ihm die letzte traurige Liebespflicht zu erweisen. Das andere Zwillings-Kind ist für mich innerhalb der vier Klostermauern lebendig begraben; ich darf es nicht sehen, ich darf es nicht sprechen, und höre nur von Fremden, daß in dem zarten Gemüthe desselben alle Spuren kindlicher Liebe gegen mich immer mehr erlöschen.

Dem Vaterherzen eines jeden Richters bleibe es anheimgestellt, sich in dieser Beziehung in meine Lage hineinzudenken.

Ich kann Unrecht haben, glaube aber, daß an diesem Verfahren bei Abnahme der Vormundschaft und aller traurigen Folgen derselben Hr. Adv. D. in A. große Schuld trägt, welcher als Interim-Curator über meine Zwillingstöchter aufgestellt wurde, als der frühere Interim-Curator Adv. K. von dort versetzt war. Dessen Versetzung veranlaßte das k. Kreis- und Stadtgericht A., Hrn. Adv. D. an seine Stelle zu ernennen, weil gedachtes Gericht gar keine andere Ansicht hatte, als daß der Curator am Sitze der Kuratel sich befinden soll, und der Curatelbehörde das Recht zustehe, den Curator zu ernennen. Auch Adv. K. hegte die nämliche

Ansicht, und es fiel ihm nicht bei, gegen diese Änderung in der Person des Curators nur die mindeste Einwendung zu machen.

Andere Ansichten als das kön. Stadtgericht A. und als Adv. Dr. K. hat das k. Appellgericht *** und der k. Adv. Dr. D.

Als nämlich durch die neue Eintheilung des Königreiches die Competenz in Führung vorliegender Curatel an das k. Kreis- und Stadtgericht C. überging, stellte auch dieses Gericht einen in loco judicii befindlichen Curator, nämlich den k. Adv. E. daselbst statt des früheren Curators Dr. D. auf.

Letzterer aber hielt sich hiedurch beschwert und wußte es bei dem k. Appellgerichte dahin zu bringen, daß die Obervormundschafts-Behörde beauftragt wurde, über seine Amotion

1) nicht nur den k. Adv. D., sondern auch

2) die Fräulein Mündel mit ihren Anträgen und Wünschen zu vernehmen.

Wie deren Wünsche und Anträge lauteten ließ sich im vorhinein erwarten; sie waren nämlich das reine Echo der Wünsche und Anträge des Curators, und beide vereinigten sich dahin, daß man keine Änderung in der Person des Vormundes treffen solle.

Der inzwischen in Eid und Pflicht genommene neue Interim-Curator machte von der gefährlichen Wendung, welche nun die Curatelsache durch Ausartung in einen Rechtsstreit zu nehmen drohte, E. K. M. Justizministerio pflichtmäßige Anzeige, höchstwelches sich aber in dieser Sache dießmal nicht für competent erachtete, ungeachtet Höchstdasselbe in einer ganz gleichgestellten Sache sich ein andermal für competent erklärt hatte, und nach der Verordnung vom 17. Dezbr. 1825 § 49. und 51. auch offenbar competent gewesen wäre.

V. Moritz Nov.-Slg. z. B. G.-O. Bd. IV. S. 103.

Durch die Remonstration des Adv. D. ließ sich aber das k. Kreis- und Stadtgericht C. eben so wenig irre machen, als durch die Wünsche meiner minderjährigen Tochter, und

sprach durch neuerlichen Beschluß aus, daß es bei der getroffenen Änderung in der Person des Interim-Curators sein Verbleiben habe, welch letzterer aber schon lange zuvor, um sich nicht dem Scheine auszusetzen, als sey es ihm um eine einträgliche Vormundschaft zu thun, und weil er auch in der Zwischenzeit mehrere Verhältnisse in Erfahrung gebracht hatte, welche ihm viele Unannehmlichkeiten mit meiner Tochter und deren Frau Erzieherin voraussehen ließen, gegen die ihm verliehene Curatie neuerlich remonstrirte und gegen die Abweisung dieser Remonstration auch appellirte.

Adv. D. acquiescirte bei diesem neuerlichen Beschlusse der Obervormundschafts-Behörde, welche, wie ich und jeder Unbefangene, glauben mochte, daß er sich schämen würde, gegen die Beschlüsse der Obervormundschafts-Behörde sich in einer Curatel erhalten zu wollen, die sie ihm nun schon zweimal abgesprochen hatte.

Diese scheinbare Submission war aber weiter nichts als leere Spiegelfechterei, und ein ganz anderer, bisher noch unerhörter Ausweg wurde ergriffen, den Beschluß der Curatel-Behörde abermals zu vereiteln: —

Die Frl. Mündel selbst appellirt!

Der Verfasser ihrer Appellationsschrift war so klug, einzusehen, daß ein Mündel keinen Mund habe, sondern eines Vormundes bedürfe, und bat daher, ihr zu diesem Akte der Appellation einen spezielen Curator (in seiner Person) zuzutheilen.

Das k. Appellgericht hielt aber nicht einmal diese Vorsicht für nöthig, sondern erkannte unterm 22. v. M.

daß der ganze (?) Beschluß des kön. Stadtgerichts C. aufzuheben sey.

Durch das bisher actenmäßig geschilderte Verfahren hat also gegen alle menschliche Vermuthung und gegen alle gesetzlichen Vorschriften des römischen, kanonischen und vaterländischen Rechtes das kön. A.-G. den Grundsatz ausgesprochen:

daß auch eine minderjährige Person das Recht habe, eine Stimme über Wahl oder Ablehnung ihres Vormundes abzugeben — und daß ihr das Recht zustehe,

selbstständig vor Gericht aufzutreten, und die Beschlüsse ihrer Obervormundschafts-Behörde im Wege der Appellation anzugreifen;

kurz, einer minderjährigen Person sind die Rechte einer volljährigen verliehen.

Findet dieser Ausspruch bei den Gerichtshöfen Eingang, dann ist, wie gesagt, die Prärogative E. K. M. in Ertheilung der venia aetatis nicht nur angetastet, sondern förmlich inan gemacht; jedes Mündel hat auf diese Art personam standi in judicio, und bedarf zur Ablehnung oder Wahl eines Vormundes, zur Anfechtung der obervormundschaftlichen Beschlüsse, und konsequent zu allen gerichtlichen Handlungen weder eines curator specialis, noch auch einer vorhergehenden Großjährigkeits-Erklärung.

Die rechtlichen Folgen dieser vom kön. A.-G. adoptirten Ansicht sind unabsehbar, indem dadurch das ganze civilrechtliche Gebäude von Vormundschaften über den Haufen gestürzt wird; und wäre meine Verehrung für diesen Gerichtshof nicht so groß, als sie es in der That ist, so müßte ich auf die Vermuthung gerathen, daß nicht bloß Mangel an gründlicher Beurtheilung, sondern auch Abneigung gegen meine Person und Protection für meine Tochter, deren Erzieherin und deren Curator Veranlassung zum gravirlichen Spruche vom 22. v. inf. 4. d. M. gegeben habe.

Von der Unzulässigkeit der Appellation einer Minderjährigen abgesehen,

I.

muß ich vor allem bemerken, daß gegebenen Falls gar keine Appellation hätte angenommen werden sollen, weil der stadtgerichtliche Beschluß vom 25. Jän. h. Js. eine einfache Verfügung ist, die keine selbstständige Beschwerde zuläßt, und auch deßhalb keinem Appellations-Verfahren, wenigstens nicht cum effectu suspensivo hätte stattgegeben werden sollen, weil es sich nur um ein Provisorium handelt, in welchem der Unterrichter selbst seine Verfügungen jederzeit wieder zurücknehmen kann. Adv. D. ist nicht definitiv als Curator

meiner Tochter aufgestellt, sondern wie schon seine Benennung sagt, lediglich ad interim, und kann zu jeder Stunde wieder amovirt werden; erst wenn vom k. Ober-Appellationsgerichte ausgesprochen seyn wird, daß ich der mir von Verwandtschaftswegen zustehenden Vormundschaft über mein Kind entsetzt werden solle, kann der bisherige Interim-Curator desselben definitiv aufgestellt werden. Den Curator aufzustellen ist aber Sache der Curatel-Behörde, daher das königl. Kreis- und Stadtgericht C. vollkommen innerhalb der ihm gesetzmäßig zustehenden Empetenz-Befugnisse vorschritt, indem es gelegenheitlich der neuen Eintheilung des Königreiches einen andern Curator in loco judicii ernannte.

II.

Über die formele Abfassung der Appellation meines Kindes will ich mich im Knrzen auf die Bemerkung beschränken, daß derjenige, welcher die Feder zu dieser Schrift hergeliehen hat, dem richterlichen Tadel über seine Schreibart unverdientermaßen entgangen ist. — Gesetzt ohne es ganz natürlich nur im entferntesten zuzugeben, ich sey eine schlechte Mutter und hätte mein Kind schlecht erzogen, so streitet es doch gegen alle Moral und gegen alles menschliche Gefühl, mir hierüber im Namen des Kindes Vorwürfe zu machen; bei dem Schriftenverfasser halte ich diese in der Appellation liegenden Vorwürfe seinem Mangel an Bildung und Gefühle zu Gutem; mein Kind selbst betrachte ich als unzurechnungsfähig; ich appellire aber an das Vaterherz aller Richter und halte mich von der größten Entrüstung derselben im vorhinein überzeugt, wenn sie Äußerungen eines Kindes gegen die leibliche Mutter, wie z. B. jene lesen, daß es mit Schaudern an jene Zeit zurückdenke, in welcher es unter meiner mütterlichen Obhut stand! Das Schaffot wenn ich verdient hätte, so wäre es empörend, einem Kinde solche Worte gegen die Mutter in den Mund zu legen. Was soll ich von einem Erziehungs-Institute halten, von dessen Frau Oberin solche Schimpf-Libelle eines Kindes gegen die leibliche Mutter geduldet und gebilligt werden!? —

Gleichwohl hat das kön. Appellationsgericht an der formelen Abfassung dieser Appellation meines Kindes nicht das mindeste Anstößige gefunden. —

III.

Nicht verwundern darf man sich also, daß auch die materiele Prüfung der Appellation meines unmündigen Kindes so matt und kalt ausgefallen ist, daß dieser Beschluß gewiß nicht zu denjenigen gerechnet wird, welche den Ruf eines Kollegialgerichtes zu begründen im Stande sind.

„Nach den vorliegenden Erklärungen" heißt es darin, „könne der stadtgerichtliche Beschluß nicht aufrecht erhalten werden. Diese Erklärungen sind einerseits die Appellation meines Kindes, anderseits die Remonstration des k. Adv. E. gegen die Fortsetzung der neuerlich übertragenen Curatie.

Daß die Erklärung meines Kindes, als eines unmündigen Mädchens, sich keiner richterlichen Berücksichtigung je erfreuen dürfe, darüber glaube ich jeder weitern Bemerkung ein- für allemal mich enthalten zu können; die ganze Lehre von der Vormundschaft steht für nichts in unserm Landrechte, sobald man annimmt, daß ein minderjähriges personam standi in judicio habe.

Betreffend die Weigerung des k. Adv. E. zur Fortführung der Curatel, so vermochte derselbe nicht einen einzigen gesetzlichen Grund L.-R. Th. I. cap. 7. § 21. hiefür anzugeben, und gleichwohl wurde sie von dem k. Appellationsgerichte so zu sagen mit offenen Armen aufgenommen.

Daß mein Kind im Kloster bleiben wolle, oder das Kloster Erbschafts-Absichten auf das Vermögen meines Kindes hegen könne, ist kein Grund zur Verweigerung der Vormundschaft — daß die Frau Oberin des Klosters die Ansicht hat, es könne meine Tochter mit einem Manne des protestantischen Glaubensbekenntnisses nicht glücklich werden, ist kein Grund zur Verweigerung der Vormundschaft — daß meine Tochter in ihrer Bildung und Lebensart weit zurück und in ihren Gesinnungen gegen mich ohne Pietät sey, ist gleichfalls kein Grund zur Verweigerung der Vormundschaft — daß es endlich

den Schein haben könnte, als sey ihm um eine einträgliche Pflegschaft zu thun, ist eben so wenig ein Grund zur Verweigerung derselben — und gleichwohl ist das k. Appellationsgericht auf alle diese gesetzlosen Ausflüchte eingegangen, als seyen sie in Rechten auf das festeste begründet.

Die ferneren Angaben zur Unterstützung des ergangenen Beschlusses lassen sich eben so wenig rechtfertigen; denn

ad a. Der Curandin Kosten zu ersparen, oder was dasselbe sagen will, ihr Vermögen gut zu verwalten, ist nach der Sorge für die Erziehung die erste Pflicht der Curatelbehörde; daß aber durch die Aufstellung eines eine Tagreise vom Gerichtssitze und auch von den zu verwaltenden Gütern entfernten Curators die Kosten der Pflegschaftsführung bedeutend vermehrt werden, muß jedem Geschäftsmanne, der weiß, was gerichtliche und aussergerichtliche Correspondenzen, Porto-Auslagen, Insinuations-Gebühren, Aktenversendungen und Kommissionsreisen für Weitwendigkeiten und Kosten verursachen, von selbst einleuchten — nur das k. Appellationsgericht erblickt darin keinen besonders zu berücksichtigenden Umstand; ich bin aber überzeugt, daß, wenn diese Frage das Vermögen des Kindes eines der Hrn. Votanten betroffen hätte, die Antwort bestimmt bejahend ausgefallen wäre.

Eben so wenig heißt es hier könne aus erheblichen Gründen angenommen werden, daß die besondern, bei dieser Curatel obwaltenden Verhältnisse in Vertretung der Curandin eine speziele Berücksichtigung der Person des Curators erfodern.

Diese einzige Behauptung wäre hinreichend, die vorgefaßte Tendenz in dem ergangenen Beschlusse offenbar zu machen: nämlich den Wunsch meines Kindes um Beibehaltung ihres bisherigen Curators, jedenfalls zu erfüllen, ohne um die Rechtfertigungsgründe hiefür in irgend einer Verlegenheit zu seyn; es ist gesetzliche Bestimmung,

L.-R. Th. I. cap. 7. § 6.

daß bei adelichen Vormundschaften immer ein Verwandter und ebenbürtiger Vormund seyn soll. E. ist meiner Tochter ebenbürtig, und dadurch mit ihr verwandt, daß beider Eltern Geschwister-Kinder sind.

Es ist ferner aktenmäßig, daß meine Tochter, gleichwie ich selbst als Mitbesitzerin und Miteigenthümerin des Graf B.'schen Vermögens Prozesse in Italien zu führen habe; Adv. E. ist der italienischen Sprache kundig, und hat die Proben davon bereits zu den Akten geliefert; Adv. D. kennt diese Sprache nicht, und bedarf hiezu immer der kostspieligen Beiziehung eines Dollmetschers, ungeachtet dessen übrigens die Führung der äußerst wichtigen italienischen Angelegenheiten laut Zeugniß der Akten unverantwortlich vernachlässigt und eigentlich seit seiner Aufstellung von ihrem dermaligen Standpunkte gar nicht verrückt sind.

Wer möchte bei diesen Verhältnissen noch behaupten, daß kein besonders zu berücksichtigender Umstand in der Person des Curators obwalte?

ad b. Hier spricht das k. Appellationsgericht von einer Erklärung der „Betheiligten". Ich frage: wer sind diese Betheiligten — meine Tochter? diese hat keine Stimme — Adv. E.? er vermochte keinen gesetzlichen Grund zur Ablehnung der Vormundschaft anzugeben. An mich selbst als Mitbesitzerin und Miteigenthümerin des zu administrirenden Vermögens, als leibliche Mutter der Curandin, welcher nach k.-R. l. c. § 6. die Vormundschaft, oder, weil diese mir angestritten wurde, dermal wenigstens das Vorschlagsrecht in der Wahl des Curators zusteht, hat das kön. Appellationsgericht wahrscheinlich gar nicht gedacht.

Von anderen Betheiligten kann in dieser Sache keine Rede seyn; ich selbst enthielt mich bisher geflissentlich jeder entscheidenden Stimme und beschränkte mich, um ja keine Veranlassung zu Differenzen zu geben, lediglich auf das Vorschlagsrecht; Adv. E. ist ohne sein Zuthun von der Curatel-Behörde als Interim-Curator ernannt worden, und die Curatel-Behörde selbst hat die Gründe für die Nothwendigkeit in Veränderung der Person des Curators so klar auseinandergesetzt, daß nur, wie ich schon vorhin bemerkte, vorgefaßte Tendenz ihnen den gehörigen Eingang bei judici a quo versperren konnte, der sogar so weit geht, zu behaupten, daß diese Änderung in der Person des Curators eine Ver-

wickelung in den Angelegenheiten erzeuge — als wenn, außer dem k. Adv. D. kein anderer Anwalt im Stande wäre diese Angelegenheiten gehörig zu führen! Das k. Stadtgericht C. gibt in seinem Beschlusse von 25. Jän. h. Js. dem k. Adv. C. das Zeugniß, daß er in der kurzen Zeit seiner provisorischen Curatie in allen dahin einschlägigen Angelegenheiten die besten und durchgreifendsten Anträge gestellt hat — aber es scheint nun einmal, daß von allem, was in vorliegender Sache das k. Stadtgericht C. amtlich und pflichtmäßig bezeugt, bei dem kön. Appellationsgerichte in *** Nichts Eingang findet.

ad c) Der Umstand, daß meine Tochter bald (id est in anderthalb Jahren) volljährig wird, scheint dem kön. Appellationsgerichte ein besonders wesentlicher Umstand zur Beibehaltung des frühern Curators. Wenn judex a quo angegeben hätte, daß wegen dieses Umstandes meine Tochter die Großjährigkeitserklärung nachsuchen sollte, so könnte man wenig dagegen einwenden, ohne deßhalb zuzugeben, daß aus Fortführung der Vormundschaft ein Nachtheil entstehe. Aber zu behaupten, daß der Beschluß der Obervormundschaftsbehörde über Aufstellung eines Curators am Gerichtssitze deßhalb aufgehoben werden müsse, weil die Curandin bald volljährig wird, gleichwohl aber ihr den Adv. D. als Vormund zu belassen — ist etwas mehr, das als unlogisch, und liefert meines Erachtens wieder einen neuen Beweis, daß es lediglich darauf abgesehen war, quovis modo die Änderung in der Person des Curators zu hintertreiben und sich „den Wünschen und Anträgen" meines Kindes (allenfalls vielleicht auch der Frau Oberin und des Dr. D. selbst) gefällig zu erweisen. Im stadtgerichtlichen Beschlusse vom 25. Jänner sind die Ursachen und Rücksichten zu der getroffenen Änderung deutlich genug auseinandergesetzt; es bedarf lediglich einer gerechten Prüfung, um sie anzuerkennen.

ad d) Mögen die Wünsche und Anträge meiner Tochter noch so zweckmässig seyn, was ich aber ausdrücklich widerspreche, so sind und bleiben sie die Wünsche und Anträge einer minderjährigen Person, welche immerhin, ehe sie voll-

jährig ist, minderjährig bleibt und sollte sie noch so kurze Zeit zur Großjährigkeit hinhaben. Daß aber Wünsche und Anträge eines Mündels mehr rechtliches Gehör finden, als der Vorschlag ihrer leiblichen Mutter, und der Ausspruch ihrer Obervormundschaftsbehörde, das sollte man sich freilich nicht träumen lassen.

ad e) Wie schon erwähnt, vermochte Adv. E. zur Entschlagung der übertragenen Vormundschaft nicht einen einzigen gesetzlichen Grund anzuführen; wer nicht das Gesetz für sich hat, dem sollte kein Richter Recht sprechen, und ich muß offenherzig gestehen, daß ich in den zu diesem Entscheidungspunkte vom k. Appellationsgerichte angeführten Gesetzesstellen und dem vorliegenden Falle nicht auf Meilenweit nur den entferntesten Zusammenhang zu erblicken vermag, so daß man fast glauben könnte, es seyen hier nur deßhalb raptim ca-ptim einige Gesetzesstellen allegirt worden, um dem ergangenen Beschlusse sein gar zu ungesetzliches Aussehen ein wenig zu benehmen.

Schade wäre es, wenn zum Schlusse nicht noch einmal ausdrücklich der Wunsch meiner Tochter als Entscheidungsgrund hingestellt worden wäre — welches aber die „weitern" Verhältnisse seyen, derenwegen die getroffene Änderung in der Person des Curators nicht eintreten könne, gibt das kön. Appellationsgericht nicht an; ich bin daher auch nicht im Stande, sie zu widerlegen, glaube übrigens die kundgegebenen hinlänglich abgefertigt zu haben, und sehe daher im höchsten Vertrauen auf die Weisheit und Gerechtigkeit E. K. M. der Erfüllung meiner allerunterthänigsten Bitte entgegen:

Allerhöchstdieselben wollen geruhen, reformando sententiam II^dae huldvollst auszusprechen, daß der Stadtgerichtliche Beschluß vom 28. Jänner h. Js. aufrecht zu halten sey.

Daß übrigens der ganze Zweck meiner gegenwärtigen Revision verfehlt und den Intriguen des Curators, des Klosters und meines darin gefangen gehaltenen Kindes in die Hand gearbeitet wäre, wenn die angeflehte Entscheidung nicht schleunigst erlassen würde, geht aus den geschilderten Ver-

hältnissen und bei der entschieden an den Tag gelegten Renitenz meines Kindes, dem man mit Einflüsterungen aller Art an die Hand geht, diese Bahn zu verfolgen, so klar hervor, daß ich trotz der erdrückenden Geschäftslast, welche auf dem obersten Gerichtshofe des Königreiches ruht, denn doch auch der allergnädigsten Erfüllung meiner weitern allerunterthänigsten Bitte entgegen zu sehen wage:

E. K. M. möchten geruhen, die erbetene Entscheidung in möglichster Bälde erfolgen zu lassen.

Und nun sey mir noch erlaubt, jene Gründe anzuführen, welche mich bestimmen, gegen die Beibehaltung des bisherigen Interim-Curators zu protestiren.

1.

Ich betrachte nun einmal denselben, obwohl ich mich in dieser Voraussetzung irren kann, als meinen entschiedenen Gegner und Feind, und schreibe alle bittern Stunden und durchweinten Nächte, die seit der Trennung meiner Kinder und dem Tode der einen Tochter mir das Leben sichtbar verkürzen, lediglich seiner Verfolgungssucht zu.

2.

Seinem Einflusse auf das zarte Gemüth meines Kindes schreibe ich nicht weniger die feindseligen Gesinnungen zu, in welchen sich dasselbe unglückseliger Weise gegen mich befindet, und von denen es so eingenommen ist, daß diese Gehässigkeit des Kindes gegen die leibliche Mutter schon vielen Fremden, welche das Institut in St. besuchten, höchst auffallend war, indem sich der Haß meiner Tochter bei jeder Gelegenheit offen gegen mich ausspricht.

Welches Vertrauen kann ich auf einen Vormund und auf ein Institut setzen, durch welchen und in welchem die heiligsten Bande der Natur gewaltsam zerrissen werden?

3.

Ich behalte mir bevor, Falls wider alles Vermuthen Adv. D. Curator bleiben sollte, alle Verhältnisse aufzudecken,

unter welchen er im Einverständnisse mit der Frau Oberin unlängst eine Heirathsparthie meiner Tochter auf eine so undelikate Art projektirte daß sie des Standes der Curandin gänzlich unwürdig, gleichwie mit der Würde und dem Zwecke des Institutes ganz unverträglich war.

4.

Ich lasse hier unverholen, daß ich dem kön. Adv. D. in meiner Schuldfoderungssache gegen die X.'schen Relikten, bei welcher Angelegenheit meine Tochter Mitbeklagte ist, den Streit verkündige, wie er schon aus meiner Vorstellung vom 28. Dez. v. Js. ersehen haben kann.

Als Litisdenunciat kann er in einer und derselben Sache nicht zugleich der Rechtsvertreter meiner mitbeklagten Tochter seyn.

5.

Ich kann nicht umgehen, daß wegen eines für die Vormundschaft auf meinem Lehengute N. vorgemerkten Cautions-Kapitals von 20,000 fl. Adv. D. vielleicht noch einen Regreß-Prozeß zu bestehen hat, weil dieses Kapital ohne vorhergängige Erholung des lehenherrlichen Consenses zur Hypothek angemeldet wurde, und nunmehr durch Protestation des kön. Lehenfiskus für die von ihm geführte Curatel gänzlich wirkungslos wird.

6.

Ich gebe endlich zu bedenken, wie gefährlich es sey, Hrn. Adv. D. bis zur erreichten Volljährigkeit meiner Tochter als Curator beizubehalten; wie nämlich schon erwähnt, hat derselbe die Angelegenheiten in Italien sehr vernachlässiget; unser Hauptstreit gegen die Gräf. N.'schen Relikten auf das Miteigenthum von D. scheint eine Wendung zu nehmen, die das Vermögen meiner Tochter in große Gefahr stürzen kann; überhaupt sind noch alle Streitigkeiten meiner Tochter sub judice, und wer steht gut dafür, daß nicht in der einen oder andern die eine oder andere culpa aut negligentia von Seite des Adv. D.

vorgefallen seyn könne? Bleibt er nun der Curator meiner Tochter bis dieselbe großjährig wird, so ist es ihm ein Leichtes, ihr eine Genehmigung aller seiner Prozeßhandlungen abzulocken, und das beneficium restitutionis ist dann für mein Kind auf immer verloren!

Ich bin nur ein Frauenzimmer, und habe natürlich von dem Ehrgefühle der Männer keinen Begriff; aber um keinen Preis der Welt brächte mich Jemand dazu, eine Stelle beizubehalten, die mir von der Obervormundschafts-Behörde und von der leiblichen Mutter des zu vertretenden Kindes auf solche Art difficultirt wird — eine Stelle beizubehalten, die zu auffallend nur ihres pekuniären Vortheils wegen von ihm beizubehalten gesucht wird; denn wenn gleich Adv. D. coram judice sich erklärt hat, die Curatel meiner Tochter unentgeldlich führen zu wollen, so beweisen doch die von ihm kürzlich vorgelegten Rechnungen, daß dieß nur schöne Phrasen waren, indem in diesen Rechnungen jeder Federzug, jeder Schritt und Tritt für seine Curandin auf das Genaueste verrechnet ist; ja es kommen sogar in diesen Rechnungen mehrere Reisen nach St. vor, wovon er für die eine den Beweggrund geheim halten zu müssen erklärt, (obwohl ihn schon Jedermann weiß), und die übrigen bloß durch einen jedesmaligen Brief meiner Tochter veranlaßt wurden!

Weit entfernt den kön. Adv. D. nur im mindesten beleidigen zu wollen, hielt ich mich im Interesse meines Kindes verpflichtet, alle Gründe zu erschöpfen, welche mir zu Gebote stehen, um diesen anmassenden, aufgedrungenen Curator zu beseitigen.

Ich ersterbe in tiefster Ehrfurcht ꝛc.

§ 9.

Eine Entscheidung dieser Revision wurde aber vereitelt, weil kurz darauf die Fräul. Mündel, vielmehr deren Curator Adv. D. mit einem Großjährigkeitsgesuche einkam, dessen Inhalt hier deßhalb mitgetheilt wird, um den Leser in den Stand zu setzen, über die Grundlosigkeit desselben selbst zu urtheilen, und auch die dagegen gerichtete Vorstellung der

Frau Mutter der Curandin einer nähern Prüfung zu unterstellen.

In dem Großjährigkeitsgesuche brachte Adv. D. Folgendes vor.

Er dürfe für das genannte Fräulein auftreten, nicht nur in seiner Eigenschaft als Anwalt, nachdem sie ihm den Auftrag gegeben, sondern auch insbesondere, als der vom königl. Kreis- und Stadtgerichte A., welches früher die Obervormundschaft hatte, bestellte Interim-Curator derselben.

Das allerunterthänigste Gesuch werde von ihm allerehrerbietigst begründet, wie folgt:

1) Fräul. Gräfin A. von B. sey geboren am 28. Febr. 1819, ihr gehe nur noch ein Jahr ab, um die gesetzliche Volljährigkeit zu erlangen.

2) Dieselbe habe bereits einen solchen Grad von Verstand und von sittlicher, religiöser und socialer Bildung erreicht, daß die Selbstständigkeit, wenn sie ihr heute durch die Gnade Sr. Majestät ertheilt werde, ihr nicht schaden werde, auf keinen Fall aber mehr, als wenn sie den an sich geringen Zeitraum von einem Jahre abwarte, und in die Großjährigkeit in Folge des Gesetzes eintrete.

Er lege hier ein von der Frau Oberin des Klosters als Vorsteherin des dortigen Erziehungs-Institutes, in welchem sich die Bittstellerin befindet, ausgestelltes Zeugniß dd. 3. d. M. vor, aus welchem die Wahrheit dieser seiner Behauptung zu ersehen sey.

3) Die Ursachen, aus welchen das Fräul. Gräfin so dringend wünsche, jetzt schon und vor erreichtem 21. Jahre für großjährig erklärt zu werden, seyen eben so wichtig, als verschieden.

a) Die venia aetatis bewirke hier, daß man eher zur Theilung des väterlichen Vermögens, welches sie (zu drei Viertheilen) mit ihrer Frau Mutter, (zu einem Viertheil) besitze, schreiten könne, daß ferner sie leichter den Prozeß beseitigen könne, welcher über das in Italien befindliche Vermögen ihres Hrn. Vaters schwebt, so wie auch jenen, der vom kön. Fiskus wegen der gräfl. von B.-schen Güter er-

hoben worden sey; daß weiters die obervormundschaftliche Administration entfernt und die Verwaltung des Vermögens vereinfacht werde. Es seyen daher allerdings auch pecuniäre Rücksichten, von welchen das Fräul. Mündel bei dieser allerunterthänigsten Bitte geleitet werde.

b) Die Gesuchstellerin sey, gleich ihrer verstorbenen Zwillingsschwester, von ihrer Frau Mutter in religiöser und intellectueler Hinsicht so sehr vernachlässigt worden, daß sich die Obervormundschaft, damals das kön. Kreis- und Stadtgericht A. veranlaßt und gezwungen gesehen habe, von Amtswegen einzuschreiten; es sey hierauf oberrichterlich ausgesprochen worden (Erkenntniß vom 15. Apr. 1831) daß ein Interim-Curator provisorio modo zu bestellen sey, welchem die Leitung und Oberaufsicht in Bezug auf die Erziehung der Kinder sowohl, als auf die Administration des Vermögens übertragen werden solle, welchem sodann unbenommen bleibe, nach seinen aufhabenden Pflichten zum Besten seiner Pupillen das weitere Rechtliche zur gänzlichen Entfernung der Frau Gräf. von der Vormundschaft und von der Vermögens-Administration einzuleiten. Er sey im Jahre 1833 zum Interim-Curator ernannt worden und habe sich gar bald überzeugt, daß es seine aufhabenden Pflichten erheischen, gegen die Frau Gräfin den Antrag zu stellen, daß sie der Vormundschaft über ihre Kinder entsetzt, und daß die Fräul. Gräfinen anderswo zur Erziehung untergebracht werden müssen. Die Erkenntnisse I^mae vom 29. Sept. 1835 und II^dae vom 21. Jun. 1836 sprachen ihm diesen Antrag zu, und in Folge des erstern befinde sich Fräul. A. Gräf. von B. seit dem Herbste (1. Nov.) 1835 im Institute in St.

Hier in diesem vortrefflichen Institute, geschah es durch die Kraft des Unterrichtes und der Religion, daß Fräulein Mündel in Schrecken und Sorgen gerieth über die große Vernachlässigung, in welcher sie ihre Frau Mutter bis zu ihrem 16. Lebensjahre gelassen hatte.

Sie lernte nun einsehen, daß die Frau Gräfin der Curandin wahres Glück und Wohl zu fördern nicht im Stande sey, und daß die Pflicht, der Frau Mutter zu gehorchen, sie

nicht selten in Conflict bringen werde mit dem, was sie, die Curandin für recht und gut erkennen gelernt; sie habe ferner eingesehen, daß ihre Frau Mutter sich allzusehr von ihren Leidenschaften beherrschen lasse, als daß Fräulein Mündel bei ihr und unter ihrer Autorität ein ruhiges, zufriedenes, glückliches Leben führen könne, wogegen auf der andern Seite der Character der Frau Gräfin doch zu schroff und unbeugsam erscheine, als daß Fräulein Curandin es für möglich halten könne, daß durch sie die Leidenschaften der Frau Gräfin gemäßigt und die bedauerlichen Ausbrüche derselben, welche schon so vieles Unheil über die Frau Gräfin und über andere Menschen gebracht, verhindert werden könnten.

Die Frau Gräfin drohe in jedem Augenblicke, so wie die Bittstellerin nicht nach ihrem Willen handle, mit Enterbung ihrer Tochter oder wohl gar mit einer zweiten Ehe, zu welcher sie noch schreiten wolle.

Sie habe sich nicht gescheut, im Mai l. Js. ihr Kind, die Bittstellerin, bei Gericht zu denunciren, als habe sie verliebte Zusammenkünfte auf dem Schlosse D., während doch der Besuch der harmloseste von der Welt und an einen jungen Herrn nicht von Ferne gedacht, von ihm keine Spur zu erblicken gewesen sey.

Auf gleiche Weise verdächtige sie bei Gericht den Besuch, welchen die Bittstellerin im Juni l. Js. in X. gemacht habe, und verletze in ihrer gerichtlichen deßfallsigen Anzeige eine Familie, welcher sie hätte danken sollen für die freundliche und liebevolle Aufnahme ihrer Tochter und welche Familie an Bildung, Ehrenhaftigkeit, Stand und Ansehen wohl unter die vorzüglicheren des ganzen Landes gehört.

Ebenso lieblos, ja mehr als beleidigend habe die Frau Gräfin geantwortet, als Fräul. A. ihr schrieb, daß der Sohn des Herrn Baron X. um ihre Hand angehalten habe und sie mit ihm um die mütterliche Einwilligung bat.

Auch dem Vater, Herrn Baron von X., der sich für die jungen Leute an die Frau Gräfin schriftlich wandte, habe sie in einem Tone geantwortet, der gleich sehr verletzend für

die Ehre des Herrn Sohnes, wie für die Ehre und den Ruf des Fräuleins Mündel selbst sey.

Und anstatt hier wenigstens Stillschweigen zu beachten, habe die Frau Gräfin die eben erwähnte Angelegenheit dem kön. Kreis- und Stadtgerichte C. angezeigt.

Nach dieser wahrheitsgetreuen Erzählung sey es nun wohl kein Wunder, wenn sich zwischen der Frau Gräfin und der Bittstellerin, zwischen Mutter und Tochter, eine höchst beklagenswerthe Kluft gebildet habe, welche den Wunsch des Fräuleins erklärbar mache und rechtfertige, von ihrer Frau Mutter unabhängig zu seyn.

c) Auch das kön. Kreis- und Stadtgericht C., an welches nach der neuen Kreiseintheilung die Obervormundschaft überging, habe den Wunsch nach Großjährigkeit bei dem Fräulein Curandin rege gemacht, und zwar durch die Bereitwilligkeit, mit welcher das Gericht die oben erwähnten verletzenden Denunciationen der Frau Gräfin aufnahm und recherchirte, so wie auch durch dessen Dekret vom 28. Juni l. Js., in welchem das Institut, dem die Fräulein Mündel so dankbar ergeben ist, directe, das Benehmen der Curandin selbst, nämlich ihr harmloser Besuch in D. indirecte strenge getadelt und verwiesen werde. —

Im Dekrete vom 30. August werde das Befremden des kön. Kreis- und Stadtgerichts über das obenerwähnte Verhältniß der Fräulein Curandin zu Herrn von X. geäußert, so daß ein Consens dieses Gerichtes zu der Verehelichung mit Hrn. von X. nicht wohl zu erwarten stehe.

d) Endlich sey Fräulein Curandin Willens, dem Freih. von X. die Hand zu reichen, um welche derselbe bei dem Fräulein angehalten habe. Er für seinen Theil, als Interim-Curator, sey gar nicht gegen diese Heirath.

Er habe nur Gutes von dem Herrn Baron von X., wie von seinen Ältern und seiner Familie gehört. Um die Vermögensverhältnisse desselben habe wohl das Gericht in C. schon gefragt, er aber noch nicht, weil er es für unzart und unschicklich halte, diese Frage jetzt schon aufzuwerfen, und weil er bei Herrn von X. voraussetzen müsse, daß er, wenn

sein Herr Sohn einem Fräulein sein Herz und seine Hand bietet, dieß nicht auf ausschließende Kosten der Dame geschehen lasse.

Von der Frau Gräfin Mutter erhalte aber Fräulein Curandin die Einwilligung nicht, denn diese werde so standhaft, so entschieden und so verletzend für alle Partheien verweigert, daß alle Hoffnung, sie doch noch zu erhalten, vereitelt erscheine.

Ob die Einwilligung vom Gerichte erfolgen werde, sey zweifelhaft, welchem Zweifel sich Fräulein Curandin nicht gerne ausgesetzt sehen möchte.

Hiedurch glaube er die im Eingange gestellte Bitte vollkommen gerechtfertigt zu haben, und es bleibe ihm nur noch übrig, nochmals um allergnädigste Gewährung allerehrerbietigst zu bitten.

§ 10.

Stark provocirt durch die in diesem Großjährigkeitsgesuche enthaltenen Anschuldigungen, und die wichtigen Folgen desselben wegen Verlustes der Restitutionswohlthat vollkommen erkennend, lag es in der Absicht der nachfolgenden Vorstellung an das allerhöchste Ministerium der Justiz nicht, die Majorenitäts-Erklärung oder die vorhabende Verehelichung ihres Kindes zu hintertreiben (denn darauf war nach den bisherigen Erfahrungen nicht zu rechnen) sondern die Absicht der Frau Gräfin von B. war wohlmeinend dahin gerichtet, daß in der Majorenitäts-Erklärung das beneficium restitutionis ihrem Kinde vorbehalten bleibe. Es lautet dieselbe folgendermaßen.

Das königl. Kreis- und Stadtgericht C. als dermalige Obervormundschafts-Behörde über meine Tochter Amalie Gräfin v. B. hat mir unterm 11. Okt. ein Großjährigkeits-Gesuch derselben sine dato zur Abgabe meiner allenfallsigen Einredung termino 14 Tagen mitgetheilt und durch gnädiges Dekret vom 24. inl. 28. dieß, diesen Termin auf 8 Tage verlängert.

Von dem mir durch die Obervormundschaft eingeräumten Rechte, welches der Schrift-Verfasser Curator Dr. D. wahrscheinlich umgehen wollte, weil er das Gesuch seiner Mündel nur einfach exhibirte, damit es mir ja nicht zu Gesicht kommen solle, mache ich durch folgende Erklärung Gebrauch.

Adv. D. gibt an, das Großjährigkeits-Gesuch meiner Tochter in doppelter Eigenschaft stellen zu müssen, nämlich als ihr Curater und als ihr Anwalt. Seine Eigenschaft als Interim-Curator ist dem Dr. D. von der dermaligen Obervormundschafts-Behörde und von mir streitig gemacht, und zwar in einer Art, daß er die Curatie schon längst niedergelegt haben müßte, wenn er nur einen Funken Ehrgefühl besässe.

Eine Blamage für ihn, als Juristen ist es, zu sagen: meine Tochter habe ihn zur Verfassung des Großjährigkeits-Gesuches beauftragt! weiß denn der kön. Adv. D. nicht, daß ein Minderjähriges kein Mandat ertheilen kann, weil es ihm an dem eigenen Willen und folglich an der Macht fehlt, sich zu obligiren? — wenn ich denke, daß die wichtigen Prozeß-Angelegenheiten meiner Tochter in solchen Händen sind, so schaudert mir vor dem Ausgang!

Das Großjährigkeits-Gesuch meiner Tochter ist aus keinen andern Gründen verfaßt, als von Seite D.'s, weil er fürchtet, nun bald der Curatie entsetzt zu werden — von Seite meiner Tochter, weil sie heirathen möchte, und zwar einen jungen Mann heirathen möchte, der meines Wissens selbst noch minderjährig ist, und eben so wenig sicheres Vermögen besitzt als sie.

Dieß ist der Hauptgrund, aus welchem Dr. D. für seine Mündel Großjährigkeit nachsucht, wie er in den letzten Sätzen seines Gesuches selbst zugesteht; also deßhalb soll meine Tochter großjährig erklärt werden, damit sie über die wichtigste Angelegenheit ihres Lebens nach eigenem Gutdünken Entschluß fassen könne, und hiezu weder meine mütterliche Einwilligung bedürfe, noch auch eine abschlägige Antwort von Seite der Obervormundschafts-Behörde riskire!

Was von einem Kinde zu denken ist, welches das wachsame Auge der Obervormundschaft und die zärtliche Besorgniß der leiblichen Mutter zu umgehen sucht, um einer jugendlichen Thorheit nachzuleben, brauche ich dem Vaterherzen E. Majestät nicht näher auseinander zu setzen; erlaubt wird mir aber seyn, als höchst tadelhaft das Unternehmen eines Vormundes zu bezeichnen, der zu solchem Zwecke seine Mitwirkung vor dem Throne E. K. M. geltend macht, und unverholen ausspricht.

Es wäre Thorheit von mir, zu wünschen, daß meine Tochter unvermählt bleiben sollte, und ich werde zu jeder vernünftigen Verbindung meinen mütterlichen Segen mit Freude ertheilen; daß ich ihn aber ertheilen soll zu einer Verbindung, die ein unerfahrenes Mädchen im ersten Taumel der Leidenschaft schließen will, wird mir Niemand zumuthen wollen; andere Eigenschaften als daß der selbsterwählte Bräutigam meiner Tochter einer adelichen Familie des Landes angehöre, weiß Curator D. nicht aufzuführen, und sind auch mir bis jetzt noch nicht bekannt; sich um seine Vermögens-Verhältnisse zu erkundigen hielt Dr. D. für unzart — sich um seinen Charakter zu erkundigen, hielt er wahrscheinlich nicht der Mühe werth — sich um seine Kenntnisse und Geisteskräfte zu erkundigen, fiel Hrn. Dr. D. gar nicht ein — die zarte Jugend dieses Hrn. Bräutigams, der meines Wissens gar noch nicht die Volljährigkeit beschritten hat, verschwieg Dr. D. wahrscheinlich geflissentlich, um seinem Gesuche nicht gar zu auffallende Blößen zu geben.

Ein Vormund soll Vaterstelle vertreten; ein leichtsinniger, schlechter Vater ist es aber, der sich um das Vermögen desjenigen gar nicht erkundiget, welcher sein Kind standesmäßig ernähren soll; Grundsätze der Delikatesse sind hier am unrechten Orte, und es verräth vielmehr Mangel an allen Grundsätzen, das Lebensglück einer Familie leichtsinnig der sogenannten Delikatesse aufzuopfern. Mir ist nicht bekannt, ob der junge Herr von X. so viel Vermögen besitzt, daß er eine Frau und vermuthlich einstens auch Kinder standesmäßig ernähren könne; der Obervormundschafts-Behörde ist dieser

wesentliche Umstand ebenfalls unbekannt, Adv. D. gesteht selbst zu, keine Erfahrung hierüber eingezogen zu haben, und doch ist er gewissenlos genug, die Großjährigkeit für meine Tochter nachzusuchen, nur damit sie nach eigenem Gutdünken heirathen könne.

Meine Tochter ist Gerichtsbekannt in viele der wichtigsten Prozesse sowohl in Italien als in Bayern verwickelt, deren Entscheidung für ihre ganze Existenz unheilbringend oder segenvoll seyn wird. Der Mann, als gesetzlicher Verwalter des ehefräulichen Vermögens muß im gegebenen Falle, wenn er anders nicht blindlings den Rathschlägen Dritter sich anvertrauen will, Kenntnisse, Geisteskraft und Charakterstärke besitzen; er soll nicht zu jung, und mit den Erfahrungen der Welt wenigstens einigermaßen vertraut seyn, will er anders nicht riskiren, das Vermögen seiner Frau schlauen Sachwaltern aufzuopfern.

Ob der junge Herr G. v. X. eine so schwierige Stelle als künftiger Gatte meiner Tochter in allen Beziehungen ausfüllen wird, darüber schweigt das Großjährigkeits-Gesuch des Curators Dr. D. gänzlich.

Ehe daher E. K. M. auf dieses Gesuch einzugehen geruhen werden, wage ich die allerunterthänigste Bitte zu stellen:

Allerhöchstdieselben wollen die Obervormundschafts-Behörde huldvollst beauftragen, daß sie durch Adv. D. legale Belege über das Vermögen, das Alter, die Kenntnisse und Moralität des von meiner Tochter zugestandenermaßen auserkornen Hrn. Bräutigams in Vorlage zu bringen habe.

Was meine Tochter selbst betrifft, so schildert sie Adv. D. in moralischer und intellectueler Beziehung als über jeden Tadel erhaben.

Daß meine Tochter unsittlich sey, kam mir nie in den Sinn anzunehmen; daß sie ein unerfahrnes leichtsinniges Mädchen ist, hat sie dadurch bewiesen, daß sie innerhalb und außerhalb der Mauern des Klosters, hinter meinem Rücken Liebeständeleien angeknüpft und dieselben unbesonnener Weise

bis zu jenem Momente fortgesponnen hat, der das Glück oder Unglück ihres Lebens entscheiden soll.

Adv. D. ist keck genug, mir, der Mutter, grelle Vorwürfe darüber zu machen, daß ich ein solches Betragen meines Kindes verdientermaßen scharf getadelt habe. Wehe dem Vater, der diesen Tadel einer Mutter nicht selbst billigt; an dem Urtheile des Dr. D. liegt mir nichts, er mag seine eigenen Ansichten über Kinderzucht haben, um die ich ihn nach den bisherigen Erfahrungen wahrhaftig nicht beneide; aber mit seinen frivolen Ansichten in meine unveräußerlichen Mutterrechte eingreifen zu lassen, kann mir Niemand zumuthen.

Adv. D. wirft sich auch zum Sachwalter der G. von X.'schen Familie auf, und tadelt unbefugt meine Antwort auf das Notificationsschreiben des G. X. Vaters, über die bereits geschlossene Verbindung meiner Tochter mit seinem Sohne. Wäre Dr. D. ein Mann von Erziehung und Bildung, so müßte er fühlen, wie verkehrt der Weg ist, auf welchem über die Hand meiner Tochter unter Dritten zuerst Verfügung getroffen, und dann erst der leiblichen Mutter Anzeige hievon erstattet wurde!

Adv. D. behauptet, daß die geistige Bildung meiner Tochter so weit vorgeschritten sey, daß dießfalls ihrem Großjährigkeits-Gesuche kein Hinderniß im Wege stehe; ich dagegen behaupte, daß die Erziehung und Bildung meines Kindes im Klosterinstitute unverantwortlich vernachlässigt worden ist; sie weiß durchaus nicht sich zu benehmen, sondern gerirt sich förmlich wie eine junge Betschwester; sie spricht mit Mühe einige Phrasen französisch, die heut zu Tage jedem Kinde geläufig sind; sie versteht weder — noch weniger spricht sie italienisch, obwohl ihr die Kenntniß dieser Sprache so unentbehrlich ist, wie ihre eigene Muttersprache, da ihre Prozeß-Angelegenheiten in Italien die Vertrautheit mit dieser Sprache unumgänglich erfodern.

Meine Tochter kann nicht einmal korrekt deutsch schreiben; das beweist ein Brief, den ich E. K. M. in tiefster Unterthänigkeit wortgetreu abgeschrieben vorzulegen wage; dieser Brief wimmelt von Schreibfehlern, er ist ohne allen

Zusammenhang und so seicht und geisteslos, daß man denken sollte, ein achtjähriges Kind hätte ihn geschrieben.

Das ist die von Dr. D. gepriesene Erziehung und Bildung im Klosterinstitute!

Was die Religiösität meines Kindes betrifft, so zweifle ich nicht, daß sie intolerant bigott, weiß aber, daß sie auch von einer Impietät gegen mich erfüllt ist, welche allen Glauben übersteigt. Die sechs Jahre ihres Aufenthaltes im Kloster, die sechs Jahre ihrer Ergebenheit an die Frau Oberin und der blinden Verehrung für ihren Curator D. scheinen systematisch dazu benützt worden zu seyn, um die Kluft der Liebe des Kindes zum Mutterherzen unübersteiglich zu machen — der Schmerz raubt mir die Sprache, wenn ich an diese unheilvolle Wendung des Geschickes denke; aber ewig, ewig soll mein mütterlicher Fluch denjenigen nachfolgen, die hieran nur der mindesten Schuld sich bewußt sind.

Adv. D. nach gewohnter Art mich zu lästern, ist unerschöpflich, mir alle jene Eigenschaften anzudichten, welche das Zusammenleben meiner Tochter mit mir unräthlich machen sollen; diese schändlichen Kalumnien schiebe ich ihm als Vater und Curator in den eigenen Busen zurück, ihm, der mein erstes Kind physisch zu Grund gehen ließ, das zweite für mich moralisch getödtet hat, und erlaube mir auf das pflichtwidrige Betragen dieses Vormundes noch im folgenden aufmerksam zu machen.

Er findet nichts Unanständiges darin, daß meine Tochter mit einem andern ledigen Frauenzimmer herumreise; er fand nichts Unanständiges darin, zwischen meiner Tochter und einem gewissen Baron Z. unter erdichteten Namen heimliche Zusammenkünfte im Kloster zu veranstalten, wie ich der Obervormundschafts-Behörde, welche ich zur Vorlage der Akten hierüber allerhuldvollst zu beauftragen bitte, schon im vorigen Jahre angezeigt habe.

Eine solche pflichtmässige Wachsamkeit der Mutter über die unwürdigen Hände anvertraute Erziehung ihres Kindes passen freilich nicht in den Kuppelkram eines gewinnsüchtigen Curators und man darf sich nicht wundern, daß er in sol-

chen Schritten eine gerichtliche Denunciation und eine Prostitution meiner Tochter und der von X.'schen Familie anstatt treue Erfüllung meiner Mutterpflichten erblickt.

Was Adv. D. ferner über Zweckmässigkeit der venia aetatis wegen der Prozeß-Angelegenheiten meiner Tochter vorspiegelt, ist lauter leeres Geschwätz; durch ihre Heirath mit Baron X. werden unsere in Bayern und Italien anhängigen Familien-Prozesse nicht um einen Schritt vorwärtsgerückt; des Anwalts Geschicklichkeit und Kenntniß, nicht Heirathprojekte, werden diese verwickelten Streitsachen zu Ende bringen; wer aber wie Dr. D. die italienischen Prozeßangelegenheiten innerhalb sechs Jahren gar nicht von ihrem Standpunkte zu rücken weiß, und wer wie Dr. D. die bayer. Prozeßangelegenheiten meiner Tochter dergestalt auf die Spitze stellt, daß ihr nicht ein Heller Vermögen mit Zuverlässigkeit zugesprochen werden kann — einem solchen Anwalte bleibt freilich nichts anderes übrig, als quovis modi aus aller Verantwortlichkeit sich zu ziehen.

Dieser Punkt ist es hauptsächlich, welcher mich bestimmt, gegen das Großjährigkeitsgesuch meines Kindes mit allem Nachdruck aufzutreten; denn wird meine Tochter großjährig erklärt, so verliert sie bekanntlich das beneficium restitutionis minorum, und Adv. D. ist aller Verantwortlichkeit über seine sechsjährige Patrocinanz in den wichtigsten Prozessen und über seine sechsjährige Verwaltung eines höchst bedeutenden Vermögens durch einen Federzug überhoben.

Primär stelle ich daher die unterthänigste Bitte:

E. K. M. möchten das Großjährigkeitsgesuch meiner Tochter zu genehmigen nicht geruhen.

Eventuel bitte ich unterthänigst, meine Tochter allerhuldvollst bloß ad actum specialem vorhabenden Vermählung (vorbehaltlich meiner unveräußerlicher Mutterrechte) für großjährig zu erklären, das beneficium restitutionis ex capite minorenitatis aber ihr allergnädigst zu reserviren.

Indem ich übrigens alles andere Vorbringen in dem gehaltlosen Gesuche des Dr. D., was ich aufgelegten Unwerths

halber, und um E. K. M. nicht länger zu belästigen, speciel unberührt lasse, durchgehends widerspreche, und die persönlichen Ausfälle gegen mich als pure Verläumdung erkläre, gebe ich mich der Hoffnung hin, daß E. K. M. in bekannter Weisheit und Gerechtigkeit meinen Mutterrechten nicht zu nahe werden treten lassen, und ersterbe in tiefster Ehrfurcht.

E. K. M.

allerunterthänigst treugehorsamste.

Es blieb aber diese Vorstellung in allen Punkten unberücksichtigt, das Fräulein wurde unbedingt für volljährig erklärt, und der Prozeß schloß mit einer Heirath.

Fortsetzung.

Rechtsfall XXIII.

(Seite 147—186.)

Revision.

Das kön. Appellationsgericht für *** hat in der Streitsache des N. Y. gegen mich allerunterthänigst Unterzeichneten pto. nullit. test. sub dato 7. et publ. 24. v. M. ein Erkenntniß erlassen, worin demselben den Beweis auferlegt wird,

a) daß sein verstorbener Bruder mit den Schwestern R. und A. F. im Konkubinate gelebt habe, und

b) daß meine Einsetzung als Erbe im Testamente des Tz. so wie die Substitution des F. nur zu dem Ende geschehen sey, um den Nachlaß den beiden Schwestern R. und A. F. und deren unehelichen von dem Erblasser erzeugten zwei Kindern erbweise zuzuwenden.

Ich habe zwar diesen Beweis durchaus nicht zu scheuen, denn es ist eben so unwahr als unerweislich, daß das Testament des Tz. bezüglich der Erbseinsetzung fingirt sey, als es unwahr und unerweislich ist, daß Erblasser mit den Schwestern R. und A. F. im Konkubinate gelebt habe; allein ich glaube, daß nach Lage der Akten diese Beweisauflage rechtlich nicht Statt finde, und deßwegen wende ich gegen das Erkenntniß des kön. Appellationsger. nachstehende Revisions-Beschwerde ein.

Der Kläger hat weder in seiner ersten Nullitätsklage ddo. 12. April 1828, noch in seiner abgeänderten Klage ddo. 12. Okt. 1831, irgend einen faktischen Umstand angeführt, woraus die Erbseinsetzung als fingirt angenommen werden

könnte, er hat vielmehr die angebliche Fiktion der Erbseinsetzung nur als eine Folgerung aus den Verhältnissen, in welchen Testator mit den Legataren gestanden sey, hingestellt.

Erst in seiner Berufung hat er asserirt, daß der Testator längere Zeit nach Errichtung des Testaments über den fraglichen Punkt verschiedene Bekenntnisse abgelegt habe, und daß hierüber Briefe gewechselt worden seyen. Da nun in appellatorio keine neuen Asserte, und zumal Asserte von solcher Unerheblichkeit wie das vorliegende, zur Würdigung kommen dürfen, so kann von einer Beweisauflage in dieser Beziehung um so weniger die Rede seyn, weil nur Thatsachen, über welche man excipiren kann, Gegenstand des Beweises seyn können.

Der Gerichtshof II. Instanz glaubt zwar die fragliche Beweisauflage dadurch motiviren zu können, daß

1) aus den Akten kein Grund zu meiner Erbseinsetzung und zur Substitution des F. hervorleuchte,
2) daß aus dem Bestande der Erbmasse die Vermuthung entspringe, daß Testator auf die Legatarien vorzüglichen Bedacht zu nehmen beabsichtigt habe, und
3) daß die Legatarien nicht hätten zu Erben eingesetzt werden können.

Allein da alle diese Umstände an und für sich in Bezug auf die Erbseinsetzung nichts beweisen, so berechtigen sie auch nicht zur Auflage eines Beweises über Thatumstände, die nicht in ihnen selbst liegen, sondern außer ihnen gesucht werden müssen.

Ich erlaube mir übrigens über die dießfallsigen zweitrichterlichen Entscheidungsgründe folgendes zu bemerken.

Wenn auch in dem Testamente des Tz. keine Beweggursache meiner Institution so wie der Substitution des F. angegeben ist, was ohnehin nicht nothwendig war, so liegt der Wille desselben doch so deutlich ausgesprochen vor, daß dem Richter kein Grund gegeben ist, ein Scheingeschäft zu vermuthen. Auch die Erbschaftsmasse berechtigt zu einer solchen Vermuthung nicht, da die Güter A. und P., wenn gleich deren Schätzung sich nur auf c. 20,000 fl. belaufen soll, über

Abzug der Passiven immerhin einen Werth von mehr als 30,000 fl. haben.

Wäre aber auch der Bestand der Erbschaftsmasse wirklich so gering, als er in den zweitrichterlichen Entscheidungsgründen angenommen wird, so müßte mir doch in jedem Falle die ausdrücklich in Anspruch genommene gesetzliche Quart bleiben, und ich würde deßwegen nicht minder Universalerbe seyn. Es ist daher nicht abzusehen, wie der hohe Gerichtshof auf den Grund der Akten der Vermuthung, daß die Erbseinsetzung bloße Verstellung sey, Raum geben, und hieraus sogar noch Veranlassung nehmen konnte, den Gegner zum Beweise eines Assertes zuzulassen, für welches aktenmäßig gar keine faktischen Merkmale angegeben wurden.

ad 5. In Bezug auf das Verhältniß des Testators zu den Legatarien beziehe ich mich auf meine aktenmäßigen Rezesse, welche ich überhaupt als ergänzenden Bestandtheil dieser Revisionsbeschwerde angesehen wissen will, und ich will hier lediglich erinnern, daß, da die vom Testator mit A. F. erzeugte bereits 27 Jahre alte Tochter noch im ledigen Stande des Testators erzeugt und geboren wurde, wie schon aus der abgeänderten gegentheiligen Nullitätsklage ddo. 12. Oktober 1831 hervorgeht, die Annahme in den zweitrichterlichen Entscheidungsgründen unrichtig sey, daß beide uneheliche Kinder des Testators ex damnata coitu herrühren.

Nachdem nun ex deductis die zweitrichterliche Beweisauflage rechtlich nicht Statt finden kann, so wenig aber auch die condictio ex lege, womit der Gegner die Giltigkeit der Legate bestreiten will, so glaube ich mein unterthänigstes Gesuch gerechtfertiget zu haben:

E. K. M. geruhe reformando sententiam II^dae das erstrichterliche Erkenntniß wieder herzustellen, sohin zu Recht zu erkennen:

1) das Testament des Tz. ddo. 21. Dez. 1826 sey zu Recht bestehend und daher
2) N. Y. mit seiner am 12. April 1828 gestellten, und am 12. Oktober 1831 erneuerten Nullitätsklage ge-

gen dieses Testament abzuweisen. Auch habe derselbe die sämmtlichen Kosten des Streites zu tragen.

In tiefster Erfurcht ꝛc.

Erkenntniß III^tiae.

Se. Königl. Majestät

Erkennen in Sachen des N. Y. gegen N. Z. et cons. Testamentsnullität betr. zu Recht:

1) daß pos. 1. a. des Erkenntnisses des k. Appellationsgerichts für *** vom 7. publ. 24. Jänner 1835 zu streichen sey;
2) daß pos. 1. b. dieses Erkenntnisses lediglich bestättigt werde;
3) daß die Revisionsbeschwerde des Klägers, so weit dieselbe gegen das Appellationsgericht für *** wegen Unterlassung der vorläufigen Entscheidung der nur eventuel angebrachten condict. ex lege gerichtet ist, abzuweisen sey.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt ꝛc.

Entscheidungsgründe.

Gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts für *** vom 7/24. Jänner 1835 haben beide Theile sich beschwert,

A. Kläger darüber, daß

1) das gedachte Appellationsgericht das Tz.'sche Testament vom 21. Dez. 1826 als ein testamentum judiciale anerkannt habe;
2) daß pos. 1. a. zum Beweise ausgesetzt worden;
3) daß in pos. 1. b. in fin. das Wort „erbweise“ aufgenommen worden sey;
4) weil das Appellationsgericht nicht über die condict. ex lege erkannt habe.

B. N. Z., der einzige der Beklagten, welcher revidirt hat, darüber, daß nicht das erstrichterliche Erkenntniß bestätigt, Y. mit seiner Nullitätsklage abgewiesen worden ist.

I. Die erste Beschwerde des Klägers darüber, daß das Tz.'sche Testament vom 21. Dez. 1826 als ein gerichtliches Testament anerkannt worden, ist unbegründet.

Dieses Testament soll nach der kläger'schen Beschwerde als ein gerichtliches nicht gelten können, weil, wie Kläger behauptet, der Kreis- und Stadtgerichtsrath K. zur Übernahme desselben nicht kommittirt gewesen sey.

Daß eine Richterperson, welche jurisdict. ordinar. proprio nomine nicht hat, rechtsgiltig ein Testament nur dann an- oder aufnehmen könne, wenn sie dazu von dem Collegio oder Vorstande desselben kommittirt worden, unterliegt nach cod. civ. III. cap. 4. Nr. 4. et 9. keinem Zweifel, und es bemerken die Anmerkungen zur gedachten Gesetzesstelle Nr. 4. lit. e. gleichwie sich propr. auth. Niemand pro commissario geriren darf, so muß der Kommissionsauftrag auf allenfallsigen Widerspruch ex actis oder sonst genugsam erwiesen seyn.

Dieser genugsame Erweis liegt aber wirklich bereits in den Akten, denn

1) ist das Übernahmsprotokoll vom 29. Dez. 1826, welches vorschriftsmäßig dem Testamente beigeschlossen war, unterzeichnet von der k. Stadtgerichts-Commission X.

2) Kommt in dem Eingange dieses Protokolls vor, daß Y. am Morgen dieses Tages die Anzeige gemacht habe, daß er sein Testament bei Gericht zu hinterlegen gesonnen sey, daß man denselben auf Nachmittags 3 Uhr zur Vornahme dieses Aktes zu Gericht beschieden habe.

Daß Y. die Anmeldung bei Gericht gemacht, daß er vom Gerichte beschieden worden sey, Nachmittags vor der Gerichts-Commisssion zu erscheinen, läßt sich hiernach nicht wohl bezweifeln.

3) Läßt sich aus dem a tergo des Übernahms-Protokolls enthaltenen Dekrete zur Anfertigung des Rekognitionsscheins und Annahme des Testamentes ad conservat. und der dem-

selben beigesetzten Numer und Unterschrift bestimmt entnehmen, daß dasselbe dem Gerichte vorgelegen sey.

4) Ist das Testament selbst mit dem Gerichts- nicht mit dem Commissionssiegl verschlossen worden, woraus wieder zu entnehmen ist, daß das Testament vom Gerichte angenommen worden ist.

5) Ist dasselbe nicht nur ad conserv. jud. genommen, sondern bis zum Tode des Testators daselbst aufbewahrt worden, und es muß aus allen diesen Thatsachen als genugsam erprobt angenommen werden,

daß die Testaments-Übergabe bei Gericht rite erfolgt, der Kreis- und Stadtgerichtsrath K. zur Übernahme desselben kommittirt gewesen sey, weil ausserdem das Gericht das Testament nicht angenommen, nicht versiegelt, nicht vorschriftmäßig verwahrt haben würde.

II. Die Beschwerde des N. Z. darüber, daß nicht sofort Y. mit seiner Nullitätsklage abgewiesen worden sey, ist gleichfalls nicht begründet. Gegen ihn ist lediglich die querela null. test. angestellt, und behauptet, daß er nur zum Scheine als Erbe eingesetzt, und diesem F. substituirt worden sey, daß beide Erben aber die besondere Verbindlichkeit übernommen hätten, die Erbschaft den eigentlichen aber maskirten Erben, nämlich den beiden Konkubinen des Erblassers und ihren Kindern hinauszugeben.

Wenn dieses erwiesen, wenn vom Kläger dargethan werden kann, daß N. Z. sich verpflichtet habe, den ganzen Rücklaß des Tz. unabgekürzt und ohne für sich als Erbe etwas behalten zu dürfen, an die F.'schen Schwestern und deren Kinder hinauszugeben, so erscheint N. Z. nicht als ein eigentlicher, als ein wahrer Erbe, er erscheint vielmehr nur als ein Mandatar der wahren Erben, es ist alsdann das Testament des Tz. bezüglich der Erbseinsetzung des N. Z. und der Substitution des F. unwahr und simulirt, und es kann eben deßhalb dem Intestaterben der Beweis, daß dem wirklich so sey, nicht entzogen werden. Hieraus ergibt sich aber auch

III. die Irrelevanz der Beweisauflage ad 1. im appellationsgerichtl. Erkenntnisse vom 7. Jänner 1835; denn die Richtigkeit des Tz.'schen Testaments hängt nicht davon ab, ob die R. und A. F. bemackelte Personen sind oder waren, sondern überhaupt davon, ob der Testator wirklich beabsichtiget hat, den N. Z. als wirklichen und wahren Erben seines Nachlasses einzusetzen, oder ob vielmehr die Erbseinsetzung desselben nur fingirt und beabsichtigt worden ist, die ganze Erbschaft andern Personen als den eigentlichen Erben zu bestimmen. Aus dem Grunde kann auch

IV. der Bitte des Klägers, in dem Beweissatze 1. b. das Wort „erbweise" zu streichen, nicht stattgegeben werden, denn gerade das muß Kläger beweisen, daß die Einsetzung des N. Z. als Erbe im Testamente des Tz. so wie die Substitution des F. in demselben nur zu dem Ende geschehen sey, um den gesammten Nachlaß des Tz. ohne alle Ausnahme der R. und A. F. und ihren aussereheliehen Kindern erbweise zuzuwenden, weil ohne diesen Beweis nicht feststehen würde, daß die Erbseinsetzung des N. Z. nur fingirt, daß nicht er der eigentliche, wahre Erbe wäre, sondern die F.'schen Schwestern und deren Kinder Erben seyn sollten.

V. Die weitere Beschwerde des Klägers darüber, daß das Appellationsgericht nicht zugleich über die condictio ex lege erkannt habe, ist gänzlich unbegründet.

Diese condict. wurde nur eventuel angestellt, für den Fall, wenn die querel. nullit. nicht Platz greife, die Nullitätsquerel ist daher praejudiziel, und es kann über die nur eventuel angebrachte condictio ex lege nicht eher erkannt werden, bis feststeht, ob die querela nullit. testamenti begründet sey oder nicht.

München, den 10. März 1840.

Oberappellger. des Königreichs Bayern.

Graf v. Rechberg, Präsident.

Söllner, Sekr.

Erkenntnisse

aus

dem Zehentrechte.

Erkenntniß. I.

Das Landrecht räumt zwar den Zehentherren bei einer Veränderung von Äckern in Wiesen oder Gärten einen Anspruch auf die Bezehentung der veränderten Produkte ein; allein der Zusammenhalt der übrigen Bestimmungen ergibt, daß die vorher nicht üblich gewesene Bezehentung des neu erzielten Produktes nur dann statt finde, wenn der Zehentherr ein absolutes, auf dem Grund und Boden haftendes Zehentrecht hat.

Se. kön. Majestät.

Erkennen in Sachen des königl. Fiskus gegen die Bierbräuer zu R., Hopfenzehent betr., zu Recht, daß die Beklagten von der fraglichen Hopfenzehentforderung zu entbinden, die Prozeßkosten übrigens zu vergleichen seyen.

Gründe.

Durch den Vorbescheid vom 8. Nov. 1819 lag dem kön. Fiskus der Beweis der Zehentbarkeit der dermal zu R. mit Hopfen bebauten Felder überhaupt ob. Nach dieser ganz allgemeinen Fassung des Beweissatzes und den einschlägigen Bestimmungen des bayer. Landrechts war daher nicht ein hinsichtlich der zu erzielenden Früchte, oder sonst beschränktes Zehentrecht, sondern eine auf dem Grund und Boden radizirte und auf alle und jede Fruchtgattungen sich erstreckende,

d. i. eine absolute Zehentpflichtigkeit der fraglichen Grundstücke nachzuweisen.

Wenn nämlich das bayer. Landr. P. II. cap. X. § 11. Nr. 4. bei einer Veränderung von Äckern in Wiesen oder Gärten dem Zehentherrn einen Anspruch auf die Bezehentung der veränderten Produkte einräumt, so ergibt doch der Zusammenhalt der übrigen Bestimmungen dieses §, so wie der Inhalt des § 3. und 25. dieses Kapitels, daß auch in dem oben unterstellten Falle einer Kulturveränderung die vorher nicht üblich gewesene Bezehentung des neuerzielten Produktes nur dann statt finde, wenn der Zehentherr nicht nur auf eine oder mehrere zum kleinen oder großen Zehent gehörende Früchte einen Anspruch, sondern ein absolutes Zehentrecht hat, welches auf dem Grund und Boden so haftet, daß sich solches auf alle, sohin auch auf die neuerbauten Früchte erstreckt; dieses ergibt schon die allgemeine Bestimmung des § 25. dieses Kapitels, welcher ausdrücklich untersagt, in der dießfallsigen Probeführung von dem großen auf den kleinen, oder von dem kleinen auf den großen Zehent einen Schluß zu ziehen, sodann die ausdrückliche Vorschrift des § 3., daß nach uraltem Herkommen der kleine Zehent, wohin § 2. der Hopfenzehent ausdrücklich gerechnet wird, überhaupt nur an Orten, wo er Herkommens und in der Maaß, wie er es sey, gegeben werde. Diese gesetzlichen Bestimmungen, so wie die übrigen Vorschriften desselben § 11. würden in offenem Widerspruche mit der oben allegirten Gesetzesstelle stehen, wenn man für den hier normirten einzelnen Fall dem Herkommen die gesetzliche Wirkung entziehen wollte, die Freiheit des Gutes von der neuen Last auch für die Zukunft zu bewahren, (vide die Kreittmaier'sche Note zu diesem Kapitel und Reingrubers Abhandlung über dunkle Gesetzesstellen pag. 155.)

Von dem kön. Fiskus wurde nun selbst zugestanden, daß auf der Markung des Ortes R. eine Hopfenzehentung bisher nicht üblich gewesen, und selbst dieß im Verlaufe der Verhandlung nicht widersprochen, daß noch mehrere, insbesondere Kleinzehentfrüchte, nicht bezehntet worden.

Eben dieß geht aus den von dem kön. Fiskus produzir-

ten Urkunden selbst hervor, welche nebst Hirs und Hanf nur einige der größern Getreidarten, als Korn, Haber und dgl. als zehentbar aufführen; dieß ist insbesondere hinsichtlich der Hauptzehentbeschreibung vom Jahre 1775 der Fall, welche in den einzelnen Kolumnen der Zehenterträgnisse nur diese speziellen Arten von Früchten als zehentbar aufführt.

Eben hierin stimmen auch die Pro- und Reprobatorialzeugen überein, daß nämlich der Zehent auf der Markung zu R. nur von besagten Getreidarten, nicht aber von Kraut, Rüben, Erdäpfel und dergl. gegeben werde, so wie auch nicht von der Schmalsaat.

Hienach erscheint das Zehentrecht des kön. Fiskus nur als ein auf speziele Fruchtgattungen beschränktes, daher von dem absoluten, auf dem Grund und Boden haftenden Zehent-Rechte wesentlich verschieden, dessen Wirkung nach §. 11. des angezogenen Kapitels im bayer. Landrechte eben darin bestehet, daß keine Fruchtgattung ungezehent bleibt, wenn sich auch in der Kultivirung des Zehentbodens Änderungen ergeben.

Die Zehentpflicht überhaupt ist, so wie jede Dienstbarkeit und Verkümmerung des Eigenthums strenge auszulegen; dieß gilt um so mehr hinsichtlich der Hopfenbezehentung in Bayern, da dieser Zehent zum kleinen Zehent gehört, welcher im Allgemeinen in Bayern nicht eingeführt, daher § 3. l. c. auf jene Gegenden ausdrücklich beschränkt ist, wo ein anderes Herkommen sich gebildet hat. (Vide Kreittm. Anmerk. zum § 3. dieses Kapitels.)

Hienach erscheint der Anspruch des kön. Fiskus nicht erwiesen, vielmehr die Freiheit der fraglichen Gründe von der Reallast gegründet, und mußte daher, wie geschehen, erkannt werden ꝛc.

M. den 22. März 1823.

Graf von Arco, Präs.

Fränkl, Sekr.

Erkenntniß II.

Das Landrecht unterscheidet, ob das Zehentrecht auf den Gründen oder nur auf den Früchten haftet, und gestattet im letztern Falle keinen Schluß von einer Fruchtgattung auf die andere, am wenigsten von dem Groß- auf den Kleinzehent.

Wenn aber das Zehentrecht auf dem Grunde selbst haftet, so befreit den Grundbesitzer keine Veränderung des Feldbaues von der Zehent-Entrichtung.

Se. Königl. Majestät

Erkennen in Klagssachen des kön. Fiskus gegen Ant. B., Bierbrauer zu H. u. Cons. wegen Hopfenzehents zu Recht, und bestättigen das Erkenntniß des kön. Appellationsgerichts für den U.-D.-Kr. vom 20. Apr., publizirt 19. Mai 1827, soweit dagegen appellirt wurde.

Gründe.

Unbestritten ist zwar, daß die Beklagten von den Äckern, auf welchen der königl. Fiskus den Hopfenzehent prätendirt, den Getreid- und überhaupt den großen Zehent entrichten; allein wie schon in den Entscheidungsgründen der vorigen Instanzen richtig bemerkt wurde, unterscheidet das bayer'sche Landrecht, ob das Zehentrecht auf den Gründen oder nur auf den Früchten hafte, und gestattet im letztern Falle keinen Schluß von einer Fruchtgattung auf die andere, am allerwenigsten aber von dem Großzehent auf den Kleinzehent, zu welch letzterem der Hopfenzehent gehört, sondern da, wo der Zehent bloß auf den Früchten haftet, entscheidet das Herkommen, und dieses muß daher der kön. Fiskus im vorliegenden Falle beweisen, weil ihm die dießfallsige Behauptung von den Beklagten widersprochen wurde.

Wenn aber das Zehentrecht auf dem Grunde selbst haftet, das ist, wenn dem Zehentherrn ein jus decimandi absolutum zustehet, befreit zwar nach cod. civ. Thl. II. cap. 10. §. 11. in not. lit. d. den Grundbesitzer keine Veränderung des Feldbaues von der Zehententrichtung; dem kön. Fiskus

wurde aber auch dieser zweite Klagegrund, nämlich das von ihm behauptete absolute Zehentrecht widersprochen, und es mußte dem königl. Fiskus daher auch der Beweis desselben alternativ auferlegt werden, um so mehr, als die bisher von ihm beigebrachten Urkunden hinsichtlich ihrer Beweiskraft noch gar nicht gewürdiget werden dürfen, da keine Beweis-anticipation geschah, sondern der kön. Fiskus vielmehr in der Replik ausdrücklich erklärt hatte, den Beweis nicht anticipiren zu wollen, weßhalb auch die Beklagten zu einer Gegenbeweisantretung, die ihnen nicht benommen werden darf, nicht veranlaßt gewesen sind.

Diesem allen nach mußte das Appellationsgerichts-Erkenntniß bestättiget werden.

M. am 28. Jänner 1828.

v. Mann.

Fränkl, Sekr.

Reps-Zehent.

Erkenntniß III.

Se. Königl. Majestät

Erkennen in Sachen des P. H., Pfarrer zu L., gegen K. v. M., Gutsbesitzer von A. und G., wegen Repszehent zu Recht: daß von M. schuldig sey, dem Pfarrer von dem im Schloßacker, die Hofpoint genannt, im Jahre 1826 angebauten Reps, den Zehent zu verreichen und resp. praevia liquidatione zu ersetzen.

Die Kosten aller Instanzen werden compensirt.

Entscheidungsgründe.

1) Der Cod. civ. Pag. II. c. 10. § 2. enthält keine ausdrückliche Vorschrift, ob Reps zum großen oder kleinen Zehent zu rechnen sey, es muß also die Frage lediglich nach der Analogie entschieden werden.

2) Der Reps ist aber sowohl hinsichtlich seines Werthes, seiner Bestimmung und hinsichtlich der Art des Anbaues denjenigen Früchten analog, welche das Gesetz zum großen Zehent zählt; derselbe ist eine Halmfrucht, welche unter andern Sommerfrüchten auf dem Sommerfelde und nicht bloß als Nacherndte der sogenannten Schmal- oder Obersaat gebaut wird, es wird aus demselben bloß Öl erzeugt und sie gehört nach ihrem Werthe unläugbar unter die Fructus pretiosiores.

3) Als vorzügliche Autorität sind die Anm. ad Cod. civ. l. c. n. 3. zu berücksichtigen, in welchem Öl dem großen Zehent beigezählt wird; und wenn auch richtig ist,

4) daß auch aus Hanf und Lein, welche unstreitig zu dem kleinen Zehent gerechnet werden, Öl bereitet werden kann, so ist doch zu bemerken, daß diese Früchte nur secundär dieses Erzeugniß und in schlechtester Qualität liefern, während Reps primär und ausschließlich zur Bearbeitung von Öl dient, und in dieser Hinsicht als werthvoller Handelsartikel betrachtet werden kann.

5) Reps reiht sich sohin mehr den größern Früchten-Gattungen an, von welchen nach dem Cod. civ. l. c. § 2. der große Zehent zu verreichen ist, als den in der allegirten Stelle aufgezählten geringern, und daß auch die größern Früchte, welche zum großen Zehent gehören, am angeführten Orte des L.-R. nur exemplicativ aufgezählt sind, ist mit Rücksicht auf die Anm. l. c. Nr. 3. um so minder einem Zweifel unterworfen, als deutlich erhellet, daß das Gesetz nur den Gattungsbegriff fixiren, die Zahl der zum Großen Zehent gehörigen Arten der größern Frucht aber durch die a. a. O. vorkommende Enumeration keineswegs abzuschließen beabsichtiget, was die Worte: „als da ist“, klar zu erkennen geben, welche nach dem Sprachgebrauche synonime mit den Worten: „zum Beispiel“ zu nehmen sind.

6. Ist demnach Reps zum Großzehent zu rechnen, so muß dieser dem Kläger, welchem der große Zehent zu 2/3 von den Schloßfeldern zu A. unbestritten gebührt, hievon verabreicht und resp. pro praeterito ersetzt werden.

Da jedoch

7) der Beklagte die Klage im Allgemeinen widersprochen hat, sohin auch die Quantität des im Jahre 1828 gebauten Repses und der Preis desselben als zugestanden nicht betrachtet werden darf, so ist in dieser Hinsicht nähere Liquidation erfoderlich.

M. am 8. Jänner 1831.

Oberappell.-Gericht des Königreichs ꝛc.

(L. S.) v. Ritter.

Fränkl, Sekr.

Erkenntniß IV.

A. Von dem Beweise bei der Prätention des kleinen Zehents.
B. Der Reps gehört zum großen Zehent.

Se. Königl. Majestät.

Erkennen in Sachen des Ritters v. R., kön. Appellationsg.-Direct., in St., als Besitzer von P. und H., gegen Flor. K., geistl. Rath und Pfarrer zu A. zu Recht:

A. in conventione, daß das vom kön. App.-Ger. des Unterdonau-Kr. unterm 11. Jan. 1830 erlassene, am 25. Jan. 1830 eröffnete Erkenntniß zu bestättigen, und

B. in reconventione, daß der kön. Appellationsg.-Dir. v. R. als Besitzer von P. und H. schuldig sey, dem geistl. Rath und Pfarrer Flor. K. von A. ein Drittheil Zehent von dem auf den Gründen zu P. u. H. angebauten Reps zu verreichen, resp. für die Vergangenheit zu ersetzen.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt.

Gründe.

A. Quoad Conventionem. Der Beklagte und Revident findet sich durch das Erkenntniß des kön. App.-Ger. für den U.-D.-Kr. vom 11. Jan. 1830 beschwert, daß ihm überhaupt

ein Beweis, daß er nämlich den Kleinzehent von Erdäpfeln auf den klägerischen Gütern P. und H. hergebracht habe, auferlegt wurde, da für ihn die Vermuthung spreche, daß er als Pfarrer sowohl in Ansehung des großen als des kleinen Zehents ein jus decimandi absolutum habe; ferner daß er nicht zum Beweise seines behaupteten absoluten Kleinzehentrechts, d. h. zu dem Beweise zugelassen wurde, daß nämlich seit unfürdenklichen Zeiten, oder doch seit 30 und mehr Jahren von der Pfarrei A. alle auf den Landgütern P. und H. gebauten Kleinzehentfrüchte gezehentet worden seyen, folglich ihm das absolute Kleinzehentrecht auf alle Kleinzehentfrüchte zustehe — oder endlich, daß er nicht wenigstens zum Beweise des 10jährigen Besitzes und Kläger zum Beweise seiner Freiheit zugelassen worden sey.

Allein diese Beschwerde ist ungegründet; denn nach klarer Bestimmung des Landrechts cap. 10. § 5. Nr. 2. Thl. II. hat der Pfarrer nur des großen Zehents halber gegen jeden Inhaber in seiner Pfarre ein fundirtes Recht und die Präsumtion so weit, als ihm keine besondere Exemtion entgegen steht, welche letztere hier nach dem Anerkenntnisse beider streitenden Theile in so ferne statt hat, daß der Pfarre A. vom Großzehent nur ein Dritttheil auf des Klägers Gründen zustehet, und nach § 25. cap. cit. etc. hat hinsichtlich des Großzehents der Pfarrer bei stellender Klage kein Mehreres zu beweisen, als daß er von dem Orte des eingeklagten Großzehents, Pfarrer sey.

Ganz andere Bestimmungen aber enthält das L-R. in Bezug auf den Pfarrer rücksichtlich des Kleinzehents.

Nach § 3. cap. cit. wird nämlich der Kleinzehent nach uralter Landes-Observanz überhaupt nur an Orten, wo und in der Maaß, wie er Herkommens ist, gereicht, und wenn der Pfarrer wegen des Kleinzehents Klage stellt, so bleibt es nach § 25. cap. cit. bei der Regel, daß der Kläger den Grund seiner Klage beweisen muß, und gleiches gilt auch nach Thl. II. cap. 7. § 11. Nr. 2. Cod. civ. bei der actio negator. etc., wenn sich der Kläger auf die natürliche Freiheit beruft, und der Pfarrer als Beklagter nicht im Be-

sitze sich befindet. Hieraus folgt demnach, daß Beklagter und Revident von dem Beweise überhaupt schon aus dem Grunde nicht befreit werden kann, weil ihm hinsichtlich des Klein-Zehentrechtes nach dem Gesetze kein jus absolutum et fundatum zusteht — vielmehr derselbe sein angebliches Klein-Zehentrecht auf Widersprechen beweisen muß.

Die weitere Beschwerde des Beklagten und Revidenten geht dahin, daß er nicht wenigstens zum Beweise seines absoluten Kleinzehentrechtes, das heißt zu dem Beweise zugelassen wurde, daß seit unfürdenklicher Zeit, oder doch seit 30 und mehr Jahren von der Pfarrei A. alle auf den Landgütern P. und H. gebauten Kleinzehentfrüchte gezehentet worden seyen. Allein Revident hat sich auf die Klage, welche lediglich auf die Freiheit von dem Erdäpfelzehent gerichtet ist, eingelassen, und dieser Klage excipiendo nebst der Behauptung, daß ein jeweiliger Pfarrer von A. seit unfürdenklichen Zeiten den absoluten 1/3 Kleinzehent von allen bisher erbauten Klein-Zehentfrüchten bezog, die speziele Exception, resp. Behauptung entgegengesetzt, daß er nämlich unter andern den Erdäpfelzehent nicht bloß 10, sondern schon 30 und mehrere Jahre lang unangefochten auf den gedachten Gütern erhoben habe, wogegen aber von Seite des Klägers alle in der Exceptionsschrift vorkommenden Behauptungen widersprochen, und vielmehr behauptet wurde, daß Beklagter gar nie im Besitze des Erdäpfelzehents, folglich auch nicht in dem behaupteten Besitze des Kleinzehents von allen bisher erbauten Klein-Zehentfrüchten auf den fraglichen Gründen gewesen sey.

Da nun nach dem allegirten L.-R. der Kleinzehent sich nach dem Herkommen regulirt, so liegt auf geschehenem Widerspruch dem Beklagten und Revidenten nach der Bestimmung Cod. civ. Thl. II. cap 10. § 25. et in not. der Beweis, daß er nämlich den Kleinzehent von den Erdäpfeln auf den klägerischen Gütern P. und H. hergebracht habe, um so mehr ob, als der von ihm behauptete, aber vom Kläger gleichfalls widersprochene zehnjährige Besitz des Erdäpfelzehents auf andere Art nicht nachgewiesen ist.

Es rechtfertiget sich also das Erkenntniß der vorigen Instanz in pcto. conventionis, und mußte daher bestättiget werden.

B. Quoad reconventionem findet sich Revident und Widerkläger aus dem Grunde beschwert, daß der Reps nicht als Großzehent ausgesprochen, und der Kläger und Widerbeklagte nicht sogleich zu dessen Verzehentung zu 1/3 Zehenttheil definitive verurtheilet worden ist, da der Reps als Ölfrucht zum Großzehent gehöre und unter das Sommer- und Wintergetreid angebaut wird, und im Zweifel die Bauart entscheide.

Diese Beschwerde des Revidenten erscheint allerdings gegründet; denn der Reps ist sowohl hinsichtlich seines Werthes, seiner Bestimmung und hinsichtlich der Art des Anbaues denjenigen Früchten analog, welche das Gesetz zum großen Zehent zählt, denn der Reps wird in das Winter- und Sommerfeld unter die übrigen Halmfrüchte gebaut, es wird aus demselben Öl erzeugt, und er stellt sich als ein werthvoller Handelsartikel dar.

Da die im L.-R. Thl. II. cap. 10. § 2. aufgeführten Gattungen von Großzehent nur beispielweise bezeichnet sind, und der Reps analog nach den Anmerkungen und dem gemeinen Rechte unter die größern Feldfrüchte gerechnet wird, überhaupt aber darauf zu sehen ist, ob die Früchte mit unter anderm Sommer- und Wintergetreid auf dem Felde gebaut zu werden pflegen — Syringius jus decimandi cap. 2. § 4. Anmerk. ad Cod. civ. II. Thl. 10. cap. § 3. Nr. 2. und 3., so muß der Reps zum Großzehent gerechnet, sohin dem Beklagten und Revidenten, welchem nach eigenem Bekenntnisse des Klägers der Eindritttheil des Großzehents, auf dessen Feldern gebührt, der Repszehent zu 1/3 verreicht und pro praeterito ersetzt werden.

Kosten ꝛc. ꝛc.

M. den 11. Mai 1833.

Frhr. v. Welden, Präs.

Fränkl., Sekr.

Erkenntniß V.

Die 25jährige Zehentfreiheit vormals öder Gründe beginnt von ihrer Kultivirung an.

Se. königl. Majestät.

Erkennen in der Streitsache des Joh. Nep. P., Gutsbesitzer in D., gegen Joh. M. Zimmermann in L. wegen Zehentreichniß

I. unter Abänderung des Erkenntnisses des k. Appellationsgerichts für den Unterdonaukreis vom 18. April 1832 im ersten Punkte hiemit zu Recht:

a) daß Kläger P. binnen ꝛc. zu beweisen habe, daß ihm auf den, im Burgfrieden von L. gelegenen Gründen, resp. Moosantheilen des Beklagten, das Zehentrecht zu 2 Drittheil zustehet, wo hingegen

b) in eventum der Beklagte Joh. M. zu beweisen habe, daß seine wegen Zehentreichniß in Anspruch genommenen Moosantheile erst im Jahre 1815, oder wie viele Jahre früher in den Kulturzustand gesetzt worden seyen, und bestättigen

II. das zweite richterliche Erkenntniß de eodem dato im II. Punkte (daß dem vom Kläger beantragten Provisorium nicht Statt zu geben sey).

III. Kosten ꝛc. ꝛc.

Gründe.

ad 1) Kläger Joh. Nep. P. behauptet, daß er als Gutsbesitzer von D. auf allen im Burgfrieden von L. gelegenen Gründen das Zehentrecht zu 2/3 habe, und fodert auch von dem Beklagten von seinen, in diesem Burgfrieden gelegenen Moosantheilen, welche seit den Vertheilungsjahren 1801 und 1803 nach Klägers Behauptung in den Kulturszustand gesetzt worden seyen, den Zehent überhaupt.

Der Beklagte excipirte, daß diese Gründe ewig zehentfrei seyen, und selbst wenn nur eine 25jährige Zehentfreiheit angenommen werde, seyen diese 25 Jahre noch nicht abgelaufen,

indem diese Gründe erst 8 Jahre vor seinem, im Jahr 1823 stattgehabten Kaufe in Kulturstand gesetzt worden seyen; am Ende der Exception erklärte er, daß des Klägers Zehentrecht im erheblichen Zweifel stehe, und verband hiemit noch einen Widerspruch in genere et in specie.

Ebenso bestritt er in seiner Berufung zur II. Instanz dem Kläger das Zehentrecht mit den Formalien, daß er nicht im rechtmäßigen Besitze des Zehents sey, gleichwie Beklagter auch in der Revision dem Kläger diese Berechtigung zum Zehent streitig machte, und sich auf seine Einrede und Berufung bezog.

ad a) Nach diesem Vorbringen des Beklagten kann das Zehentrecht des Klägers in Ansehung fraglicher Gründe nicht als unwidersprochen, und sonach nicht als liquid betrachtet werden, indem in solch bestimmter Erklärung des Beklagten, daß Kläger zum Bezug des Zehents nicht berechtigt sey, und bei dem Vorhandenseyn des generelen und spezielen Widerspruchs wohl ein Zugeständniß nicht zu finden ist.

In Erwägung nun, daß nach dem Gesetze Cod civ. p. II. cap. X. § 5. zwar die Pfarrer die Vermuthung für sich haben, von den sämmtlichen in ihrem Pfarrbezirke gelegenen Gründen den Großzehent fodern zu dürfen; diese Regel aber nach l. c. Nr. 3. bei weltlichen Personen, die als Dezimatoren auftreten wollen, eine Beschränkung erleidet, indem diese den Zehent nur dann fodern können, wenn sie ihn durch Vertrag oder Herkommen, oder überhaupt auf rechtmäßige Weise erworben haben, muß Kläger, welcher als Gutsbesitzer von D. das Zehentrecht überhaupt, ohne zwischen Groß- und Kleinzehent zu unterscheiden, auf erwähnten Moostheilen anspricht, seine Behauptung rechtlicher Weise erproben, da der Beklagte es widerspricht, ein Beweis zur Zeit hierüber noch nicht angetreten ist ꝛc. ꝛc.

ad b) Für den Fall aber, daß Kläger seinen Beweis liefert, erscheint der eventuel dem Beklagten überbürdete Beweis von Erheblichkeit; denn Kläger hat zwar die Vermuthung für sich, daß die fraglichen Gründe 25 Jahre schon im Kulturstande sich befinden, weil zwischen den Theilen nicht strei-

tig ist, daß dieses Landauer Moos bereits im Jahre 1801, resp. 1803 abgetheilt ist, und weil nach der Verordnung vom 18. Juli 1803, Regierungsbl. S. 500. eine Jahresfrist zur Ausführung der Kultur öder Gründe, sie mögen abgetheilt seyn oder nicht, bestimmt worden ist; allein ungeachtet dieser Vermuthung für den Kläger darf die Einrede des Beklagten, daß erst 8 Jahre vor seinem, im Jahre 1823 geschehenen Kaufe diese Gründe, sonach im Jahre 1815 der Kulturstand derselben eingetreten sey, nicht unberücksichtigt gelassen werden, weil gegen den Kläger, wenn diese Einrede sich bewährt, der Satz gilt: actio nondum nata, indem die Zehentberechtigung nach der Verordnung vom 5. Juni 1801, Reg.-Bl. S. 82. von dem Kulturstande abhängig gemacht ist, da es hierin heißt, daß von den Gründen, welche kultivirt werden, erst nach den gesetzlich festgesetzten Jahren der Zehent genommen werden darf. Dieß ist auch schon aus dem grammatikalischen Sinne jener Worte, so wie auch daraus zu entnehmen, daß, wenn der Gesetzgeber zur Ausführung der Kultur ein Kompelle hätte setzen wollen, dieses gewiß gesetzt worden wäre, was aber nicht der Fall ist. Es mußte sonach ꝛc. ꝛc.

München, den 26. Jänner 1835.

Erkenntniß VI.

1) Bei dem Kleinzehent wälzt der 10jährige Besitz desselben den Beweis der natürlichen Freiheit des Grundstücks nicht auf den Besitzer des letztern.

2) Beim Kleinzehent hat der Pfarrer kein reales, absolutes Zehentrecht, sondern muß das Herkommen von jedem einzelnen Grundstücke und jeder einzelnen Frucht beweisen.

Se. Königl. Majestät.

Erkennen in Sachen des Jos. H. und Cons. von G., gegen Jos. St. Pfarrer alldort, wegen Kleinzehents zu Recht:

1) der beklagte Pfarrer J. St. habe binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist den Beweis dahin anzutreten:

a) daß, und von welchen Gemeindetheilen und Brachfeldern der Kläger, dann von welchen auf diesen Gründen gebauten Fruchtgattungen der Kleinzehent zur Pfarrei G. Herkommens sey, und in welchem Maaße;

b) daß der Hopfenzehent auf den mit Hopfen bebauten Ackergründen der Kläger und von welchen, dann in welchem Maaße zur erwähnten Pfarrei Herkömmens sey.

2) die Kosten dieser Instanz werden kompensirt, die Kosten erster Instanz aber suspendirt.

Gründe.

Kläger und Revidenten finden sich durch das Erkenntniß des königl. Appellationsgerichtes des Isarkr. vom 11. Febr., eröffnet 10. März 1835, beschwert, weil dadurch auf ihre petitorische Klage dem Beklagten der Beweis eröffnet wurde, daß die Pfarrei G. seit 10 Jahren im Besitze des Kleinzehents von den Brachfeldern, von den vertheilten Gemeindegründen und von den Hopfenfrüchten von den Besitzungen der Kläger sich befinde — dann weil ihnen Klägern eventuel zu beweisen aufgetragen wurde, daß ihre Gemeindetheile und Brachfelder von der Reichung des Hopfenzehents frei seyen.

Zur Begründung der Beschwerde führen die Revidenten an, daß ein zehnjähriger Besitz bei dem Kleinzehent die Beweislast der Immunität nicht auf sie als Grundbesitzer wälzen könne, da der Kleinzehent nicht durch 10jährige Verjährung, sondern durch Herkommen erworben wird, welches Herkommen so wie das Maas des Herkommens nach Cod. civ. Thl. II. cap. 10. § 25. et in not. ad § 24. und 25. der Pfarrer beweisen muß, und daß von einem Grundstücke oder Feld auf das andere, noch über die hergebrachten Zehentfrüchte auf andere geschlossen werden dürfe.

Diese Beschwerde der Revidenten stellt sich im Gegen-

halte mit nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen als begründet dar.

Nach dem Landrechte Thl. II. cap. 10. § 4. muß dem Pfarrer der Großzehent von allen Eingepfarrten gereicht werden, und der Pfarrer hat nach § 35. l. c. des großen Zehents halber nicht mehr zu beweisen, als daß er von dem Orte des Eingeklagten (Groß-) Zehent-Pfarrer sey. Allein ganz anders verhält es sich hinsichtlich des Klein-Zehents.

Der Kleinzehent wird nämlich nach cap. 10. § 3. Nr. 3. überhaupt nur an Orten, wo er Herkommens ist, und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, gereicht, und nach § 25. hat der Pfarrer, wie jeder andere das Herkommen und das Maaß desselben zu beweisen.

In den erläuternden Anmerkungen zu diesen Gesetzes-stellen heißt es § 24 und 25. Nr. 5.

„So viel hienächst den Kleinzehent betrifft, gibt man solchen hier zu Land nicht, so ferne er nicht von Alters Herkommens ist, ein, folglich hat der Pfarrer hierinfalls die praesumtionem et regulam mehr wider als für sich, und muß das Herkommen tanquam rem facti, wie jeder andere, genüglich beweisen.“

und weiter unten lit. h wird gesagt:

1) endlich geht auch bei dem obliegenden Beweise der Schluß weder von dem großen auf den kleinen Zehent noch vicissimim an, und eben so wenig schließt sich von einem Grundstücke oder Feld auf das andere, noch über die hergebrachten Kleinzehentfrüchte auf andere (nicht hergebrachte) Gattungen, z. B. von Rüben und Kraut auf Flachs, Hopfen und dgl.

Der Sinn dieser gesetzlichen Bestimmungen Cod. civ. Thl. II. cap. 10. § 3. Nr. 3. und § 25. et in not. wird durch die später erfolgten Verordnungen vom 28. Septemb. 1793 und 16. Sept. 1794 über allen Zweifel noch einmal authentisch dahin erläutert, daß der Kleinzehent weder von einem Grunde auf den andern, noch von einer hergebrachten Fruchtgattung auf eine andere (nicht hergebrachte)

Fruchtgattung extendirt werden dürfe, — sondern daß in dieser zweifachen Beziehung — so wie überhaupt — das Maaß speziel bewiesen werden müsse.

Durch diese jüngern zwei Verordnungen wurde nicht nur die genaue Beobachtung der angeführten gesetzlichen Bestimmungen für die Zukunft eingeschärft, sondern auch die gesetzwidrige Ausdehnung des Kleinzehents auf alle Klee- und angebauten Grasarten, welche, ohne eine Frucht zu machen, dem Vieh frisch oder trocken zum Futter gereicht werden, abgestellt.

Aus den angeführten Gesetzen folgt demnach:

1) daß die Behauptung des Beklagten, als stehe ihm ein Recht auf den Kleinzehent überhaupt ex titulo universali jure decimandi parochiali vel ordinario, intuitu fundi concesso, nec ad certam speciem fructuum restricto — folglich auf alle bisher gebauten und künftig zu bauenden Früchte zu, in Beziehung auf den Kleinzehent ganz grundlos sey, sondern daß vielmehr

2) der Kleinzehent, wie erörtert worden, durch das Herkommen und nach dem Maaße des Herkommens erworben werde, welches aber nach Cod. civ. Thl. I. cap. 2. § 15. Nr. 3. eine wenigstens 30jährige Possession voraussetzt, hiezu also ein nur 10jähriger Besitz keineswegs hinreicht, daß sonach

3) die Gesetzesstelle Cod. civ. Thl. II. cap. 7. § 11. Nr. 2. (nach welchen bei Servituten der 10jährige Besitz den Beweis der natürlichen Freiheit auf den Gegentheil wälzt) auf den Kleinzehent, da dieser durch Herkommen erworben wird, welches aber durch einen Zeitablauf von wenigstens 30 Jahren erwiesen werden muß, keine Anwendung finde, sondern vielmehr nach klarer Bestimmung der oben angeführten Gesetzesstellen und insbesondere nach der Gerichts-Ordnung cap. 3. § 4. Nr. 2. et in not. lit. c. die Possession der Kleinzehentfrüchte von der Pfarrei G. auf so viele Zeit erwiesen werden müsse, daß das Herkommen hieraus — loco tituli — erfolge.

Da aber der Richter II. Instanz dem Beklagten den Beweis dahin auferlegt hat, „daß die Pfarrei G. seit 10 Jahren im Besitze des Kleinzehents von den Brachfeldern, von vertheilten Gemeindegründen und der Hopfenfrucht von den Besitzungen der Kläger sich befinde, dagegen den Klägern den eventuelen Beweis der Freiheit von der Reichung des Kleinzehents in jeder Art“ auferladen hat, so kann dieser den beiden Theilen auferlegte Beweis nach den allegirten Gesetzesstellen nicht bestehen, weil

a) dem Beklagten nicht der Beweis des allein entscheidenden Herkommens und des Maaßes des Herkommens auferlegt, und

b) das Beweisthema auf den generelen Ausdruck „Kleinzehent überhaupt“, folglich zu allgemein und unbestimmt — nämlich ohne Berücksichtigung der einzelnen bisher hergebrachten Fruchtgattungen der Felder, sowie des Maaßes des Herkommens gerichtet worden ist, endlich

c) der Gegenbeweis über die Freiheit von der Pflichtigkeit des Kleinzehents (ohne besondere eventuele Beweisauflage) ohnehin freigestellt bleibt.

Aus den angeführten Gründen war sonach in der Hauptsache oberstrichterlich zu erkennen, wie geschehen.

München, den 28. Nov. 1835.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

Frhr. v. Welden. Fränkl.

Erkenntniß VII.

Zehentfreiheit aus Holzgereuthen betr.

Se. Königl. Majestät ꝛc.

Erkennen in der Klagsache des Pfarrers Dr. Ant. J. zu Pf. gegen F. W. und mehrere andere Gemeindeglieder

daselbst, wegen Zehents von vertheilten Holzgründen zu Recht, und belassen es bei dem Erkenntnisse des k. Landgerichtes J. vom 30. Okt. 1833 in der Hauptsache mit Kompensirung der Kosten aller Instanzen.

Entscheidungsgründe.

§ 1.

Pfarrer J. behauptet in seiner am 16. Sept. 1831 gestellten Klage, daß zu Pföringen außer der Gemeindeweiden auch solche Holzgründe ohne Genehmigung der obern Polizei-Behörde im Jahre 1803 vertheilt, und später ausgereutet worden seyen, auf welcher schon vor der Vertheilung eine ordentliche Holzkultur Statt gehabt habe, und foderte auf den Grund der Verordnung vom 8. Febr. 1802 „die 25jährige Zehentfreiheit von öden Gründen betr.“ (Regierungsbl. 1802 S. 105.) den Zehent.

§ 2.

In dieser Verordnung ist nun zwar bestimmt:

„daß bei Holzgründen, bei welchen eine ordentliche Holzkultur statt findet, die bei Kultivirung öder Gründe gestattete 25jährige Zehentbefreiung nur dann eintreten soll, wenn die Ausreutung von der obern Polizei-Behörde wegen sonst hinreichender Waldungen für nützlich angesehen und gestattet worden ist.“

§ 3.

Allein durch eine spätere Verordnung vom 4. Juni 1805 „die Kultur der Gemeindegründe und Waldungen betreff.“ (Regierungsbl. 1805 S. 680.) wurde die Wirthschafts-Befugniß, Waldgründe in Äcker und Wiesen umzuwandeln, allen Besitzern eigenthümlicher Waldungen, sie mögen solche durch Erbschaft, Verträge oder Abtheilungen erlangt haben, mit dem Beisatze eingeräumt, daß ihnen im Fall solcher Kultivirung auch alle jene Vortheile zukommen sollen, welche nach der Verordnung vom 26. April 1805 „den Verkauf der entbehrlichen Staatswaldungen betr.“ (Regierungsblatt 1805.

S. 537.) denjenigen zustehen, die in das Privateigenthum übergegangene Staatswaldungen kultiviren.

§ 4.

Unter diesen den Käufern von Staatswaldungen im Falle ihrer Kultivirung eingeräumten Vortheilen befindet sich aber nach Nr. II. der erwähnten Verordnung vom 26. April 1805

die ewige Zehentfreiheit

und solche stehet somit auch denjenigen zu, welche vertheilte Gemeindewaldungen kultiviren.

§ 5.

Denn die Verordnung vom 5. Juni 1805 unterscheidet weder zwischen solchen Waldungen in welchen eine oder keine Holzkultur stattgefunden hatte, noch zwischen Staats-, Privat- oder Gemeinde-Waldungen, sondern bestimmt vielmehr, daß derjenige, welcher durch Erbschaft, Purifikation, Vertrag oder Abtheilung erlangte Waldungen in Äcker oder Wiesen umwandeln will, solches nicht nur jederzeit thun dürfe, sondern auch im Falle der Kultivirung gleich demjenigen, der erkaufte Staatswaldungen kultivirt, die ewige Zehentfreiheit genießen soll.

§ 6.

Durch diese Gesetzeskraft habende Verordnung vom 4. Juni 1805 wurde daher nicht nur dem Staate, sondern auch jedem Privaten das Zehentrecht auf kultivirt werdenden Waldgründen entzogen, und es ist folglich auch der Umstand ohne Einfluß, daß die Gemeinde-Waldungen zu Pförringen schon im Jahre 1803 vertheilt worden sind, da nicht die Zeit der Vertheilung, sondern der Kultivirung entscheidet, letztere von den vielen Beklagten zu verschiedener Zeit geschehen, und diese gar nicht angegeben worden ist.

§ 7.

Die in I. Instanz am 30. Okt. 1833 erkannte bedingte Klags-Abweisung mußte also, der Revisionsbitte der Beklag-

ten entsprechend, um so mehr wieder hergestellt werden, als auch die Klagenhäufung des Pfarrers J. nach cap. 4. § 9. der G.-O. unzulässig war.

Demungeachtet wurden wegen Ungleichförmigkeit der Erkenntnisse I. und II. Instanz sämmtliche Kosten kompensirt.

München, am 1. Februar 1838.

Oberappellationsgericht des Königreichs.

(L. S.) Graf v. Rechberg.

Erkenntniß VIII.

Se. Majestät der König.

Erkennen in der Streitsache des Ökonomen Konrad W. zu K. gegen den k. Pfarrer Mich. B. daselbst wegen Hopfenzehents zu Recht:

I. daß die Revisions-Beschwerde des kön. Pfarrers B. gegen das appellationsgerichtl. Erkenntniß vom 11. Aug. und verkündet den 26. Sept. 1837, in so weit hiedurch das erstrichterliche Urtheil auf Streits-Einlassung bestättigt wurde, als unstatthaft zurückgewiesen; im Übrigen

II. dieses Erkenntniß in Haupt- und Nebensache zu bestätigen sey.

III. Revident Pfarrer B. wird in die Kosten dieser Instanz und in neun Gulden Succumbenz-Geld verurtheilt.

Die Verfaß-Gebühr seines Anwaltes des kön. Adv. K. für die Revisionsschrift wird auf 5 fl. 30 kr. festgesetzt, — dessen Ansatz für Siegelpapier und Schreibgebühr aber mit 2 fl. 44 kr. genehmiget.

Entscheidungsgründe.

Ad I.

Nach § 19. Nr. 3. und § 20. Nr. 1. des Prozeß-Ges. vom 22. Juli 1819 findet gegen zwei, in der Hauptsache gleich-

förmige Erkenntnisse, wodurch der Beklagte mit Verwerfung der von der Einlassung befreienden Einrede zur Einlassung auf die Klage verurtheilt wird, eine Berufung an die dritte Instanz nicht statt.

In dem vorliegenden Falle haben die beiden vorigen Instanzen die von dem Beklagten vorgebrachte Einrede gegen die Streits-Einlassung für ungegründet erklärt, sofort den Streit pure contestirt erkannt.

Eine Revisions-Beschwerde hiegegen erscheint sonach als unstatthaft und zur Zurückweisung geeignet, und dieses um so mehr, als die Behauptung des Revidenten, daß, wenn auch gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse auf Streit-Einlassung eine selbstständige Berufung an die dritte Instanz nicht Statt finde, dennoch nach § 18. jenes Gesetzes eine mit der Revision in der Hauptsache concidirende Revisions-Beschwerde dagegen zulässig sey, offenbar unrichtig ist; denn der § 18. dieses Gesetzes, welcher nur von solchen einfachen Dekreten und Zwischen-Bescheiden handelt, gegen welche gar keine selbstständige Berufung, sondern nur eine rechtzeitige Verwahrung statt hat, in deren Folge der durch jene Dekrete und Zwischen-Bescheide in seinen Rechten vermeintlich Verkürzte seine Beschwerden hiegegen mit der seinerzeitigen Berufung in der Hauptsache vorbringen und ausführen kann, findet auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, weil der § 19. Nr. 3. des nämlichen Gesetzes gegen Erkenntnisse, wodurch die von der Einlassung auf die Klage befreienden Einreden verworfen werden, und dieser Einreden ungeachtet auf Streits-Einlassung erkannt wird, allerdings und als Ausnahme von der gesetzlichen Bestimmung des § 18. eine selbstständige Berufung zuläßt, der § 20. aber dann unbedingt angeordnet, daß, wenn in einem solchen Falle in zweiter Instanz das Urtheil erster Instanz auf Streits-Einlassung bestättiget wird, gegen derlei zwei gleichlautende Erkenntnisse auf Streits-Einlassung durchaus keine (also weder eine selbstständige, noch eine mit der Revision in der Hauptsache concidirende) Berufung an die dritte Instanz mehr Statt finde.

Ad II.

Revident, Pfarrer B. hat in der Hauptsache gegen das zweitrichterliche Erkenntniß Beschwerde erhoben, weil

1) er nicht mit Umgehung jedes Beweis-Verfahrens sogleich definitiv von der Klage entbunden wurde, eventuel, weil

2) die Beweislast nicht dem Kläger überbürdet wurde, und in omnem eventum, weil

3) der ihm, Beklagten, vom Gerichte erster Instanz auferlegte Beweis in zweiter Instanz zu seinem Nachtheile abgeändert wurde.

Allein diese sämmtlichen Beschwerden desselben sind ungegründet; denn

ad 1) hat der Pfarrer nach klarer Bestimmung des hier in Anwendung kommenden bayer. Landrechtes p. II. cap. 10. § 5. nur in Ansehung des Großzehents gegen jeden Guts-Inhaber in seinem Pfarr-Distrikte ein jus fundatum et titulum universalem für sich, in so weit ihm keine besondere Gewohnheit entgegensteht, daher er nach § 25. l. c. bezüglich auf den Großzehent als Kläger nur zu beweisen nöthig hat, daß er der Pfarrer von dem Orte des eingeklagten Großzehents sey.

Der Kleinzehent aber, wohin nach Cod. civ. Max. p. II. cap. 10. § 2. et § 3. Nr. 2. auch der Hopfenzehent gehört, wird nach § 3. Nr. 3. ibidem gemäß uralter Landesobservanz nur am Orte, wo er Herkommens ist, und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, gereicht, und der Pfarrer hat § 25. Nr. 4. ibidem, wenn er wegen Kleinzehents Klage stellt, wie jeder andere Kläger, den Grund seiner Klage zu beweisen, und nach b ibid. läßt sich in dem Beweise weder von dem kleinen auf den großen, noch von dem großen auf den kleinen Zehent schließen.

Nach Nr. 5. lit. h. der B. v. Kreithmayer'schen Anmerkungen zum bayer. Landrechte p. II. cap. 10. § 25. regulirt sich der Kleinzehent in Bayern nur nach dem Herkommen, und läßt sich sohin nicht von einem Grundstücke oder Felde auf das andere schließen, und auch contra regulam: „tantum praescriptum, quantum possessum“ nicht einmal von

dem Pfarrer, welcher in Ansehung des Kleinzehents praesumtionem generalem et assistentiam juris keineswegs für sich hat, geschweige erst von andern über die hergebrachten Zehentfrüchte auf andern nicht hergebrachten Gattungen derselben, z. B. von Kraut und Rüben nicht auf Hopfen ꝛc. extendiren.

Ebenso enthält die Verordnung vom 28. Sept. 1793 (vide Mayer'sche G.-Sammlung Bd. V. S. 273.) daß, obschon nach uralter Landes-Observanz und bayer. Landrechten der Kleinzehent nur an Orten, wo er Herkommens, und nur in dem Maaße, wie er Herkommens ist, gegeben werden muß, folglich weder von einem Grunde auf den andern, noch von einer Frucht auf die andere ausgedehnt werden darf, dennoch dem klaren Sinne der älteren und neueren Landesgesetze zuwider, einige Zehentherren, und vorzüglich Pfarrer, sich beigehen lassen ꝛc. —

Hieraus erhellt, daß das absolute Zehentrecht des Pfarrers sich nur auf den Großzehent beschränkt, und daß ihm, bezüglich auf den Kleinzehent, kein absolutes Zehentrecht ex lege zusteht; ferner daß der Kleinzehent sich lediglich nach dem Herkommen regulirt, und daß dieser auch nicht von dem Pfarrer über die hergebrachten kleinen Zehentfrüchte auf andere Gattungen des Kleinzehents extendirt werden darf, und daß vielmehr auch von dem Pfarrer das Herkommen resp. die hergebrachte Kleinzehentfrucht bei jeder einzelnen ihm widersprochenen Gattung der Kleinzehentfrüchte bewiesen werden müsse, weil das Kleinzehentrecht sich nur auf die als bereits hergebracht erwiesenen Kleinzehentfrüchte beschränkt, und nicht von einer (bereits hergebrachten) Kleinzehentfrucht auf eine andere (nicht hergebrachte) Gattung des Kleinzehents zu extendiren ist.

Die Bezugnahme des Revidenten auf die Gesetzesstelle Cod. civ. Bav. p. II. cap. 10. § 6., welche von der Erlangung des geistlichen Zehents von geistlichen Personen spricht, und bestimmt, daß es dießfalls bei den gemein geschriebenen geistlichen Rechten auch in den bayerischen Landen soweit sein Verbleiben haben soll, als solches den concordatis oder be-

sonderen Herkommen nicht zuwider ist, frommt denselben nichts, weil gemäß vorstehender Erörterung nach uralter bayerischer Landes-Observanz abweichend von dieß-fallsigen gemeinrechtlichen Bestimmungen (der Kleinzehent) überhaupt nur an Orten, wo, und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, gegeben wird, also in dieser Beziehung die gemein geschriebenen geistlichen Rechte auf den Kleinzehent in Altbayern keine Anwendung finden, und sohin auch den Pfarrern in den Orten, in welchen der Cod. civ. Max. gesetzliche Kraft hat, ein jus decimandi absolutum et intuitu fundi concessum nur in Ansehung des Großzehents, nicht aber auch hinsichtlich des Kleinzehents zusteht.

Der als Regel geltende gesetzliche Grundsatz, daß der Kleinzehent in Altbayern nur an Orten, wo er Herkommens, und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, zu reichen sey, wird auch durch die gesetzlichen Bestimmungen des bayer. Landr. P. II. cap. 10. § 11. nicht aufgehoben, oder in seiner Anwendung im vorliegenden Falle alterirt; denn dieser § 11. enthält besondere Bestimmungen für die in dem erwähnten § speziel bezeichneten Fälle des veränderten Feldbaues und der Konkurrenz verschiedener Groß- und Kleinzehent-Berechtigten, und setzt in diesen Fällen ausnahmsweise den Grundsatz fest, daß die neu erbauten kleinen Zehentfrüchte als Entschädigungs-Surrogat dem bisherigen Zehentbesitzer gebühren.

Ein solcher Ausnahmsfall waltet jedoch in concreto nicht ob; denn Pfarrer B. hat in den erstrichterlichen Verhandlungen excipiendo selbst nicht behauptet, daß die in Frage stehenden Grundstücke des Klägers schon früher, und ehe hierauf Hopfen eingelegt worden, in der Fruktifikation gestanden, und davon ehedem schon der große Zehent gereicht worden sey, so daß dermal nur eine Veränderung des früheren Feldbaues auf diesen Grundstücken eingetreten, Pfarrer B. sofort nach P. II. cap. 10. § 11. des B. L.-R. statt des bisherigen Großzehents nun den Hopfenzehent zu verlangen berechtiget wäre. Auch aus

dem Klags-Vortrage und sonstigem Vorbringen des Klägers erhellet solches nicht.

Die gesetzlichen Bestimmungen des B.-L.-R. P. II. cap. 10. § 11. über die Veränderung des Feldbaues finden daher in dem vorliegenden Falle gar keine Anwendung.

Die vom Revidenten erst in appellatorio gemachte Behauptung, Kläger habe bereits zugestanden, daß der Pfarrstiftung L., welche decimator universalis auf der ganzen Ortsflur sey, bisher auch das Kleinzehentrecht auf dieser ganzen Flur, und in Bezug auf alle kleinzehentbaren Früchte von jeher zugekommen sey, nützt demselben gleichfalls nichts; denn abgesehen davon, daß die Akten ein solches Zugeständniß des Klägers nicht enthalten, und daß Revident dasselbe selbst nur daraus folgert, daß in der Klage bloß der Umstand in Widerspruch gezogen worden sey, daß auf der Dorf-Flur von L. der Hopfenzehent herkömmlich seyn soll, während doch der Hopfenbau daselbst erst in der neueren Zeit eingeführt worden wäre, wäre ein solches Geständniß in concreto auch ganz unerheblich, weil nach obiger rechtlicher Erörterung in Ansehung der Kleinzehentfrüchte auf Widersprechen von jeder einzelnen Spezies der Kleinzehentfrucht, hier also vom Hopfenzehent, — das Herkommen von dem bewiesen werden muß, welcher den Kleinzehent prätendirt.

Nach bisher Vorgetragenem konnte, da in dem gegebenen Falle Kläger dem Beklagten das Hopfen-Zehentrecht in Widerspruch gezogen hat, mit Umgehung jedes Beweis-Verfahrens noch nicht definitiv erkannt werden.

Vielmehr trifft

ad 2) dießfalls der Beweis des Herkömmens den Pfarrer, weil, wie schon zu 1. ausgeführt worden ist, der Pfarrer nur hinsichtlich des Großzehents die gesetzliche Vermuthung für sich hat, das Recht des Kleinzehents aber in der Regel ohne Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Zehent, auf dem Herkommen beruht, sohin dieses Herkommen als Thatsache bei dem Widerspruche des angeblichen Zehentpflichtigen hinsichtlich jeder Kleinzehentfrucht von demjenigen be-

wiesen werden muß, welcher den Kleinzehent in Anspruch nimmt, in concreto überdieß auch die praesumtio pro libertate naturali dem Kläger zur Seite steht, und Beklagter, wie in den erstrichterlichen Entscheidungsgründen ausgeführt ist, auch nicht einen zehnjährigen ruhigen Besitz des in Frage stehenden Hopfenzehents von den in der Klage bezeichneten Grundstücken des Klägers für sich hat.

ad 3) Die dritte Beschwerde des Revidenten, daß das kön. Appellationsgericht auf die Berufung des Klägers das erstrichterliche alternative Beweisthema dahin abgeändert und beschränkt habe, Beklagter habe zu beweisen, daß auf den in der Klage bezeichneten Grundstücken der Hopfen-Zehent Herkommens, oder seit 30 Jahren ununterbrochen verreicht worden sey, ist gleichfalls ungegründet; denn nach Cod. civ. B. P. II. cap. 10. § 3. Nr. 3. wird nach uralter Landes-Observanz in Bayern der Kleinzehent überhaupt nur an Orten, wo er Herkommens, und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, gereicht. —

Unter dem Ausdrucke: „an Orten" sind aber nicht ganze Ortschaften zu verstehen, wornach der Beweis des Beklagten genügen würde, daß es Orts-Herkommen und Orts-Gewohnheit zu K. sey, daß dem Pfarrer daselbst seit wenigstens 30 Jahren auch der Hopfenzehent gereicht werde; sondern nach den oben allegirten Anmerkungen sub Nr. 5. lit. h. ad Cod. civ. Bav. P. II. cap. 10. § 25.; und nach der gleichfalls oben schon angeführten Verordnung vom 28. Sept. 1793 sind unter dem Ausdrucke „an Orten" lediglich die betreffenden einzelnen Güter und Grundstücke, von welchen der Kleinzehent verlangt wird, verstanden, daher es daselbst heißt, daß bei dem Kleinzehent sich nicht von einem Grunde auf den andern, und auch nicht von einer Frucht auf die andere schließen lasse.

Aus allen diesen und den dem appellationsgerichtlichen Erkenntnisse nachgesetzten Gründen war das Urtheil zweiter Instanz in der Hauptsache so wie im Kostenpunkte zu bestätigen.

Ad III.

Da die Revisions-Beschwerden des Pfarrers B. theils unzulässig, theils ungegründet sind, so hat er die Kosten der dritten Instanz zu tragen.

Die Verfaßgebühr seines Anwaltes für die Revisions-Schrift aber war, da er die nämliche Schrift in fünf Rechtsstreiten des kön. Pfarrers B. ganz unverändert einreichte, billig auf 5 fl. 30 kr. zu ermäßigen, und dieses um so mehr, als ihm nebenbei auch noch dessen Ansatz für Siegelpapier und Schreibgebühr ꝛc. besonders aufzurechnen gestattet wurde.

München, den 23. März 1839.

Oberappellationsgericht des Königreiches Bayern.

(L. S.) G. v. Rechberg, Präsid.

Sekr. Frankl.

In fidem copiae

Königl. Appellationsgericht der Oberpfalz ꝛc.

(L. S.) v. Schmitt, Präsid.

Wunderlich, Sekr.

Erkenntniß IX.

Kautionsleistung in Zehentbesitz-Streitigkeiten betr.

Das Königl. Landgericht Abensberg

Erkennt in Sachen des Hrn. Pfarrers T. zu M. und Jos. M. et Cons. von Sch., wegen Hopfenzehents modo execut. auf erstatteten Vortrag nach Colleg.-Berathung zu Recht:

I.

Die nachbenannten 18 Beklagten seyen schuldig und gehalten, dem Hrn. Pfarrer die im Erkenntniß vom 21. Jänner v. J. spezifizirten Hopfenzehent-Beträge pro 1830 nach dem Normalpreise des Jahres 1830/31 mit 40 fl. pr. Zentner, sohin folgende Geldbeträge zu ersetzen.

1) Jos. M. vom A.-Acker für 25 Vf. 10 fl. 45 kr.

2) Ph. H. v. G.= u. B.=Acker für 75 Pfd. 32 fl. 15 kr.
3) Math. F. v. S. A.= u. B.=Acker pr. 59 Pfd. 25 „ 20 „
4) S. E. von der D.=Wiese und B.=Acker pr. 25 Pfd. . . . . 10 „ 45 „
5) F. B. vom B.=Ackerl und der Z.=Point pr. 13 1/3 Pfd. . . . . 5 „ 48 1/4 „
6) S. M. vom St.=, oder H.=, dann St.= oder L.=Acker pr. 15 Pfd. . . 6 „ 27 „
7) M. E. vom A.=Acker pr. 12 1/2 Pfd. 5 „ 22 1/2 „
8) A. K. vom St.=Acker pr. 11 1/2 Pfd. 5 „ 1 „
9) S. Z. vom St.=Acker pr. 25 Pfd. . 10 „ 45 „
10) P. L. vom B.=Acker pr. 12 1/2 Pfd. 5 „ 22 „
11) G. A. vom W.= und G.=Acker pr. 27 Pfd. 11 „ 36 3/4 „
12) B. S. vom G.=Acker pr. 8 1/2 Pfd. 3 „ 39 „
13) L. K. v. Sp.= u. W.=Acker pr. 11 1/2 Pfd. 5 „ 1 „
14) F. H. vom H.=Acker pr. 6 1/2 Pfd. 2 „ 37 3/4 „
15) S. P. vom S.=Acker pr. 11 3/4 Pfd. 5 „ 1 „
16) B. Sch. vom Gr.=, R.=, D.= und G.= Acker pr. 10 Pfd. . . . . 4 „ 18 „
17) M. Sch. vom koth. G.=Acker pr. 8 1/2 Pfd. 3 „ 39 „
18) J. K. von seiner Hopfenanlage pr. 2 Pfd. — „ 51 „

II.

Herr Pfarrer T. sey schuldig und gehalten, zur Sicherstellung der Rachklage des Jos. M. et Cons. eine annehmbare Caution aufrecht zu machen; diese jedoch in der Art zu bestellen, daß die sub Nr. 1. vorgetragenen Beklagten die beigesetzten Hopfenzehent=Ersatzquanta aus dem Jahre 1830 bei Gericht zu hinterlegen haben; für die künftigen Erndte=Jahre aber die jährlich von den vorbenannten Äckern auffallenden Hopfenzehent=Beträge bis nach ausgestrittenen Petitorium zu sequestriren seyen.

III.

Die Kosten seyen zu kompensiren.

Gründe.

ad 1. Herr Pfarrer T. stellte in seinem Executionsanrufen vont 14/15. Juni 1831 die Bitte, gegen die bis dahin

noch ungehorsamen Beklagten mit der Execution vorzuschreiten, und foderte, da dieselben schon alle ihre Hopfenvorräthe von der letzten Erndte verkauft hätten, und bis zur nächsten Erndte keine Nachfrage nach Hopfen stattfinde, die Entschädigung in Geld, und zwar für den Zentner 60 fl.

Die Beklagten acceptirten diese Abfindung in Geld, fanden jedoch das Maaß derselben zu hoch, indem durchgehends circa quantum einer Zehentfrucht der Normalpreis angenommen werde.

Sie ließen sich jedoch auf die Zahlung von 60 fl. pr. Zentner für den Fall der Verwerfung des Normalpreises nur dann ein, wenn Implorant diesen Ansatz durch das jurament erhärte.

Wenn nun auch, wie's kläger'scher Seits behauptet wird, die Gesetze bestimmen, daß derjenige, welcher ein Delikt begeht, den Beschädigten vollends entschädigen muß, mithin in concreto die Beklagten als Spolianten ob speciem delicti dem Kläger seinen ganzen Schaden zu ersetzen haben, und das quantum interest nach

G.-O. Cap. 13. § 4. Nr. 5.

im gegebenen Fall durch das jurament in litem erhärtert werden darf, so ist doch am Orte Nr. 6. gleichfalls ausgesprochen, daß gleichwohl auch andere Beweismittel zulässig seyen, um so mehr, als im vorliegenden Falle der Schaden nicht gefährlich, und auf gewaltthätige Weise geschehen, sondern lediglich durch eine einfache Verweigerung des Hopfenzehents im Frühjahre 1830 entstanden ist.

Als ein Beweismittel erscheint nun die jährliche von den Landgerichten und Rentämtern angeordnete Erhebung des Normalpreises, um so mehr, da der Fiskus, von welchem nicht zu vermuthen steht, daß er sich an seinen Vortheilen etwas vergebe, diesen Preis allgemein als Norm in seiner Berechnung adoptirt hat, und die Erhebungsart den Charakter größtmöglichster Unparteilichkeit in sich trägt.

Es wurde deßfalls das kön. Rentamt am 23. Juli v. J. um Bekanntgebung des Normalpreises im Jahre 1830/31 angegangen, und es besteht derselbe nach Schreiben desselben

in 43 fl. pr. Zentner, wornach die von den einzelnen Beklagten zu ersetzenden Geldbeträge berechnet sind.

ad II. Hier kommt vor allem zu berücksichtigen, in wie ferne der Sieger in possessorio dem Sieger in petitorio die während der Zeit der Possession abgefallenen Fruchtschäden zu ersetzen angehalten werden könne.

Cod. jud. cap. 3. § 5. Nr. 11. bestimmt, daß der Sieger in possessorio, wenn er auch in petitorio unterliegt, gleichwohl die bis dahin erhobenen Früchte und verursachten Schäden nicht restituirt, es sey denn, daß er bei dem weitern Prozesse in mala fide gewesen zu seyn befunden worden wäre.

Dasselbe ist auch in § 4. ibid. Nr. 12. verordnet.

Allein die Entscheidung in possessorio stellt sich lediglich als ein provisorium dar, und es wird hiedurch ein Recht auf den Besitz der Sache selbst nicht erworben.

Das Recht auf die Sache selbst entsteht erst durch die Entscheidung in petitorio; verliert der Possessorien-Sieger, so hat er nie ein Recht, weder zum Besitz der Sache, noch zur Sache selbst, und er hat daher mala fide besessen.

Diese mala fides beginnt nach bayer. Rechte mit der Insinuation der Petitorien-Klage, und erstreckt sich auf die ganze Dauer des Petitorien-Streites. Cod. jud. cap. 50. § 9. Nr. 2.

In casu succumbentiae hat demnach der Possessorien-Sieger alle von gedachten Zeiten bezogenen Früchte, Schäden und Kosten zu restituiren, welche in concreto außer den Prozeßkosten, die jährlich bis zum Ende des Petitorien-Streites vom Beklagten bezogenen Hopfenzehent-Beträge bilden.

Hiedurch ist die gegentheilige Behauptung des Klägers, daß kein Grund einer Cautionsstellung vorliege, weil der Sieger in possessorio in keinem Falle zum Ersatz der Früchte und Schäden angehalten werden könne, hinreichend widerlegt.

Seine weitere Behauptung, daß hier lediglich ein jus incorporale, aber keine Sache im Streite befangen sey, daß demnach das beantragte Possessorium, wenn es auch im ersten

Falle seine Anwendung finde, im letztern hier gegebenen Falle gar keinen Grund für sich habe, fällt als ungegründet zusammen, wenn man berücksichtiget, daß sich der Besitz einer Sache possessio causae und der Besitz eines fruchtbaren Rechts quasi possessio in ihrer Wesenheit gleich sind, und sich bloß dem Namen nach unterscheiden; und der 10te Theil der Hopfenarten als Frucht des Zehentrechts, ohne welche wohl dieses als non ens erscheinen müßte, gerade so gut ein wahres Eigenthum seyn kann, als irgend eine andere Sache, demnach Tradition und Restitution zuläßt.

Wenn nun deducirtermassen angenommen wird, daß seiner Zeit gegen den Kläger die Verbindlichkeit zu einer Restitution entstehen kann, so erscheint das Verlangen der Beklagten um Sicherstellung für ihre Nachklage als gegründet.

Ihr Antrag ist wegen eingetretener Rechtskraft des sie verurtheilenden Possessorien-Erkenntnisses nicht verspätet, da er bloß den modum executionis betrifft, und sie ihn vor Ablauf des nach § 31. der Prozeß-Novelle a 1819 gestrichenen Termins von 14 Tagen von dem an sie ergangenen Zahlungsauftrage gestellt haben.

Er ist aber auch nicht zu früh gestellt, da victus in possessorio dem condemnirenden Urtheile nur gegen Leistung einer Caution zu entsprechen schuldig ist.

Cod. jud. cap. 3. § 5. Nr. 10. et ibid. cap. 3. § 4. Nr. 6.

Diese Caution dient übrigens nur zur Sicherung der Früchte des Zehentrechtes, und ist keine Prozeß-Caution nach Art der Cautio de jud. sisti, judicatum solvi; daher ist sie auch durch das Gesetz, einige Verbesserungen der G.-O. betr. vom 22. Juli 1819 nicht aufgehoben, sondern vielmehr

lit. c. § 8. Nr. 3.

deutlich bestimmt, daß in allen Fällen, wo der Beklagte mit Vorbehalt der Nachklage verurtheilt ist, vor dem Vollzuge des Urtheils die Sicherstellung wegen der Nachklage verlangen kann.

Die Größe der zu leistenden Caution und die Art ihrer Bestellung betr., so muß sie dem Gegenstande angemessen, und für beide Theile zweckmäßig seyn.

In dieser Beziehung nun bestimmt das zuletzt allegirte Gesetz: l. c., daß sie vom Kläger dadurch geleistet werden könne, daß er dasjenige, was der Beklagte zu zahlen hat, von demselben bei Gericht hinterlegen läßt, wodurch der obige Ausspruch gerechtfertiget ist.

ad III. Die Kosten der über die vorstehenden Punkte geschlossenen Verhandlung können keinem Theile aufgebürdet werden, weil kein Theil allein verlustig, demnach bei keinem ein Streitsmuthwille vorsichtlich ist, sondern eignen sich zur Kompensation.

Erkenntniß X.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appellationsgericht für den *** Kreis, in Streitsachen des Pfarrers T. zu M., nunmehr dessen Erben, gegen Jos. M. et Cons. von Sch., wegen Hopfenzehents, gegenwärtig die Execution betr., zu Recht, und bestättigt das Erkenntniß des k. Landgerichts A. vom 9. Juli, und verkündet am 20. August v. J., jedoch hinsichtlich des sub Nr. II. angeführten Cautions-Punktes in der Art:

„daß es den Pfarrer T.'schen Erben unbenommen bleibe, die Caution für die Nachklage auf eine andere entsprechende Weise aufrecht zu machen."

Die Kosten II. Instanz werden gleichfalls kompensirt.

Entscheidungs-Gründe.

Das rechtskräftige Erkenntniß vom 24. Jänner 1831 entschied die zwischen den Theilen vorwaltende Differenz dahin, daß die Beklagten dem Kläger pro 1830 das vergleichsmäßige Hopfenzehent-Quantum zu restituiren haben und bezeichnete bei jedem der Beklagten genau den Betrag welcher gereicht werden soll.

Zugleich wurde in demselben ausgesprochen, daß dem Kläger die Auszehentung so lange zu gestatten sey, bis die Beklagten ein näheres über die Hopfenzehent-Freiheit in petitorio dargethan haben werden.

Der Kläger stellte nun den Antrag auf den Vollzug dieses Erkenntnisses, und verlangte eine Entschädigung von 60 fl. pr. Zentner, wogegen die Beklagten nur den Normalpreis bezahlen wollten, und darauf bestunden, daß der Kläger für die Nachklage in petitorio Caution leiste. Das kön. Landgericht A. erkannte nach eingeholten Erinnerungen zu Gunsten der Beklagten, und durch dieses am 9. Juli v. Js. erlassene Erkenntniß findet sich der Kläger, vielmehr dessen Erben, da jener während der letzten Unterhandlung gestorben ist, beschwert.

Die zur rechten Zeit übergebene Berufungsschrift enthält als ersten Antrag, daß der judikatmäßige Hopfenzehent in natura erhoben werden müsse.

Die hierüber aufgestellte Beschwerde erscheint aktenmäßig als ungegründet.

Es handelt sich nach dem angeführten rechtskräftigen Erkenntnisse nur um die Restituirung des Zehents pro 1830, und wenn es gleich nach dem Inhalte desselben keinem Zweifel unterliegt, daß die Restituirung der Hopfenzehent-Beträge in natura geschehen müsse, so kann doch jetzt nicht mehr darauf eingegangen werden; der Kläger stand in der Eingabe vom 15. Juni 1831 von dieser Reichniß in natura pro 1830 selbst ab, und foderte eine Entschädigung an Geld, weil die Beklagten die Vorräthe von der letzten Hopfenerndte bereits verkauft hatten, und bis zur nächsten Erndte keine Nachfrage nach Hopfen mehr stattfinden könnte. Die Beklagten nahmen diesen Vorschlag hinsichtlich der Leistung im Geld an, und bestritten lediglich das gefoderte Quantum; Kläger hat auch in seiner weitern Erklärung die Reichnisse in natura nicht angesprochen, und er kann daher von seinem Offerte, welches offenbar den Verhältnissen entspricht, um so weniger zurücktreten, als er keineswegs dasselbe von der Be-

dingniß abhängig machte, daß die Beträge sogleich geleistet werden müssen.

Der gegenwärtige Streit betrifft bloß den Umstand, ob der Kläger den Normalpreis annehmen oder ihm der gefoderte Betrag von 60 fl. pr. Zentner erstattet werden müsse.

Wenn es nun im allgemeinen richtig ist, daß die Privaten in ihren Streitsachen an den Normalpreis nicht gebunden werden können, folglich auch der Kläger denselben nicht annehmen muß, um so weniger, als er im Besitze geschützt ist, und ihm nach dem Gesetze aller Schaden ersetzt werden soll, so rechtfertiget doch die vorliegenden Verhältnisse die Bestimmung einer Ausnahme von dieser Regel; denn

a) es soll nach der gegebenen Entscheidung dieser Normalpreis bloß für das Jahr 1830 angewendet werden, und es erwächst dadurch für die Beklagten keine Befugniß, denselben auch für die Zukunft anzusprechen, so wie denn auch die Akten nachweisen, daß in den nächst darauffolgenden Jahren die Auszehntung und Abgabe in natura gestattet wurde.

b) Der Kläger behauptete anfangs seinen Hopfen um 66 fl., nachher aber gab er an, denselben um 60 fl. verkauft zu haben; er widersprach sich daher selbst, und erwähnte überdieß des Zeitpunktes nicht, wann er denselben verkaufte; obwohl es eine bekannte Sache ist, daß der Preis des Hopfens vielen Zufällen unterliegt, und eben deßwegen zwischen den verschiedenen Zeitperioden ein bedeutender Unterschied ist.

c) Bei Feststellung solcher Entschädigungen ist die Annahme einer Durchschnitts-Berechnung nach verschiedenen Verkäufen in einem bestimmten Zeitraum allerdings gesetzlich gerechtfertiget, und eben deßwegen der Normalpreis auch zuläßig, so wie er denn auch öfter schon bei Entscheidungen angewendet wurde.

Im vorliegenden Falle machen viele Umstände die Sache zweifelhaft, und zur Abkürzung derselben konnte auf den Normalpreis, welcher in seinem Betrage nicht angefochten wurde, nach rechtlichen und billigen Ansichten erkannt werden, indem dabei noch zu berücksichtigen war, daß derselbe, wenn auch

nicht immer, doch größtentheils dem wahren Werthe entspricht. Würde dieser Preis nicht angenommen worden seyn, so hätte nach dem eventuelen Übereinkommen der Theile auf den Schätzungseid eingegangen werden müssen; dieß könnte allerdings wieder Bedenken herbeiführen, weil Pfarrer T. gestorben ist, ohne dieselben abgeliefert zu haben, er sich in seinem Verkaufspreise selbst widersprach, eine Bescheinigung anderer Verkäufe nicht vorgelegt wurde, und der Normalpreis eine Bescheinigung dagegen liefert.

Der zweite Antrag des Beschwerdeführers in der Hauptsache geht auf Abweisung des Gesuchs und Cautions-Bestellung; auch diese Beschwerde muß verworfen werden. Die frühern Verhandlungen sprachen durchaus mehr für das possessorium momentaneum; denn Kläger hat gleich Anfangs den jüngsten Besitz angesprochen, dann bei der förmlichen Klagestellung behauptet, daß er den Hopfenzehent schon seit vielen Jahren besitze, und die Beklagten sich eines Spoliums schuldig gemacht haben, damit aber wieder die weitere Bitte verbunden, ihn in possessorio momentaneo zu schützen, wenn die Sache eine weitere Erörterung veranlassen sollte; und darauf wurde nach dem angeführten rechtskräftigen Erkenntnisse ihm die Auszehentung zugesprochen, weil die Beklagten zugestanden hatten, im J. 1829, also das Jahr vor entstandener Irrung, den Zehent gegeben zu haben. Wenn daher der Kläger den Hauptantrag in plenario gestellt hat, so geht doch aus dieser Entscheidung mit mehr Wahrscheinlichkeit hervor, daß dem Kläger das Auszehntungsrecht und resp. die Ausübung desselben in sumarissimo zugesprochen wurde, und in diesem kann bei dem Vollzuge des Urtheils die Caution für die Klage in petitorio gefodert werden.

Cod. jud. cap. 3. § 5. Nr. 9. et 10.

Es würde daher auf die weiteren Bestimmungen Cod. jud. l. c. § 4. Nr. 5, 6 und 12. nicht mehr ankommen; indessen läßt sich auch aus denselben, wenn gleich hinsichtlich der Spolienfachen das Gesetz entgegen zu stehen scheint, in Verbindung mit der Novelle vom 22. Juli 1819 § 8. III. eine analoge Anwendung auf den gegenwärtigen Fall recht-

fertigen, indem das petitorium vorbehalten wurde, Pfarrer T. gestorben ist, und nach dem Gesetze Ersatz gefodert werden kann, wenn mala fides in petitorio dargethan wird, diese Verbindlichkeit zur Vergütung aber erst mit der Entscheidung in petitorio ihre Erledigung findet.

Der Umstand, daß die Beklagten das petitorium noch nicht betreten haben, ändert die Sache nicht, indem das Gesetz den Weg genau vorzeichnet, auf welchem gegen dieselben eingeschritten werden kann.

Übrigens hat das Untergericht durch sein Verfahren auch gezeigt, daß es die Sequestration in der Art nicht verstanden haben wolle, daß der Hopfen bei Gericht liegen bleibe; es wurde mit Vernehmung der Theile verfahren, und es steht denselben auch frei, ihre allenfallsigen Anträge wegen besserer Verwendung des Hopfens zu stellen.

Nach der Novelle vom 22. Juli 1819 l. c. konnte in der vom k. Landgerichte A. ausgesprochenen Art auf Cautions-Bestellung erkannt werden, indessen hätte nach der nämlichen Bestimmung dem Kläger freigestellt werden sollen, die Caution auch auf eine andere annehmbare Weise aufrecht zu machen; denn der Cautionssteller hat die Wahl; und es kann ihm die Hinterlegung seiner Foderung bei Gericht nicht aufgedrungen werden, wenn er eine andere genügende Caution aufzubringen vermag. Es mußte daher mit der oben angeführten Modification das erstrichterliche Erkenntniß bestätiget werden.

Was die Kosten betrifft, so hat der Unterrichter nur die Kosten dieses weitern Verfahrens, nämlich über den Streit in executione, und zwar mit Recht compensirt; hinsichtlich der früheren Kosten bleibt es bei der Entscheidung vom 24. Jänner 1831 und es muß dem klagenden Theil überlassen werden, wegen Beitreibung derselben in erster Instanz die geeigneten Anträge zu stellen, da das Erkenntniß vom 9. Juli 1832 darüber nichts verfügt, und die Erholung auch nicht verweigert wurde.

Nach den angeführten Verhältnissen rechtfertigt sich auch die Compensation der Kosten zweiter Instanz.

A. den 12. März 1833.

Erkenntniß XI.

1) Die 25jährige Zehentfreiheit neu kultivirter Ödungen wird nur von dem ersten Jahre der wirklichen Kultur an berechnet.

2) Von solchen kultivirten Ödungen kann der Ortspfarrer den kleinen Zehent nicht fodern, außer er hätte ihn besonders hergebracht.

Se. Königl. Majestät ꝛc. ꝛc.

Erkennen in Streitsachen des geistl. Rathes und Pfarrers Flor. K. zu A. gegen den Bauer Mich. E. et Cons. zu A. und R. wegen Zehents auf die von beiden streitenden Theilen gegen das Erkenntniß des kön. Appellationsger. für den U.=D.=Kr., nun von Niederbayern, vom 28. Okt. publ. 9. Dez. 1834, ergriffene Revision zu Recht:

I. in conventione: daß die Beklagten Mich. E. et Cons. von der Klage auf Verabreichung des Kleinzehents von den im J. 1804 zur Kultur vertheilten A. und R. Gemeindegründen zu entbinden seyen.

II. in reconventione: daß Kläger und Wiederbeklagter binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen habe, daß der zeitliche Pfarrer von A. den Kleinzehent auf den alten Gründen des A. und R. Pfarrsprengels hergebracht, und von welchen Kleinzehent=Früchten er denselben hergebracht habe.

Im Übrigen wird das appellationsgerichtliche Erkenntniß in con - und reconventione bestätiget.

Die Kosten III^tiae werden kompensirt, und haben beide streitenden Theile, und zwar jeder Theil sechs Thaler Succumbenztax zu bezahlen.

Gründe.

Der geistliche Rath und Pfarrer zu A. fodert in seiner Klage an die Beklagten E. und Konsorten von dem Jahre 1829 an, den Groß- und Kleinzehent von den im Jahre 1804 zur Kultur vertheilten und in seinem Pfarrsprengel gelegenen A. und R. Gemeindegründen, und erachtet sich durch das appellationsgerichtliche Erkenntniß vom 28. Okt. 1834 beschwert, weil ihm

1. zu beweisen aufgetragen worden ist,
   a) daß die fraglichen Gemeindegründe vom Jahre 1804 oder von welch' anderm Zeitpunkte an kultivirt worden seyen,
   b) daß er den Kleinzehent auf diesen Gründen hergebracht habe, und
2. weil ihm nicht wenigstens der Großzehent auf diesen Neubrüchen sogleich definitiv für die 3 Jahre 1829, 1830 und 1831 zu ganz und für die Folgezeit mit 1/3 Antheil zuerkannt worden sey. —

ad 1. a. Glaubt nämlich der Kläger, daß nach der Verordnung vom 7. Nov. 1803 der Lauf der für Neubrüche bewilligten 25 Freijahre vom Moment der Gemeindegründe-Vertheilung, wo nicht selbst schon vom Jahre 1801 an gerechnet werden müsse, oder daß wenigstens die Beklagten den Beweis zu liefern hätten, daß sie später kultivirt hätten, und daß also mit dem Jahre 1828 die Zehent-Freijahre noch nicht abgelaufen gewesen seyen.

Allein diese Ansichten sind irrig; denn die Verordnung vom Jahre 1801 sagt vielmehr, daß, um dem schon 1779 angewendeten Mittel einer zeitlichen Zehentfreiheit zur Förderung der Kultur im Lande eine noch größere Wirksamkeit zu geben, die Zehentfreiheit auf 25 Jahre ausgedehnt werden, und daß alle künftig kultivirt werdenden öden Gründe besagte Zehentfreiheit 25 Jahre lang zu genießen haben sollen, und giebt sonach durch ihren für alle Zukunft beabsichtigten Zweck, die Landeskultur zu ermuntern, und nach und nach alle Ödungen zu beseitigen, und durch

ihre Anwendung auf alle künftigen kultivirt werdenden Gründe deutlich zu erkennen, daß die Berechnung der Fruchtjahre weder vom Jahre 1801 noch von der durch Vertheilung öder Gemeindeplätze für die Einzelnen gegebene Möglichkeit deren Kultivirung, sondern nur von deren wirklichen Kultivirung an geschehen solle.

Was aber die Ausschreibung vom 7. Nov. 1803 betrifft, so ist diese von der Landes-Direktion Neuburg ausgegangen, und leidet sonach nur auf Pfalz-Neuburg ꝛc. und niemals auf die altbayerischen Lande eine Anwendung, da sie von einer auf diese letztere ganz inkompetenten Regierungsbehörde ausgegangen ist. Zudem steht derselben auch eine weitere Verordnung vom 25. Mai 1804 (Reg.-Bl. für Schwaben 1804 S. 391.) entgegen, welche die altbayerischen Kulturverordnungen auf die ganze Provinz Schwaben anwendet, namentlich die Verordnung vom Jahre 1801 in Abdruck giebt, und deren Befolgung den altbayerischen Gerichten neuerlich eingeschärft hat. Diesemnach können und dürfen also die 25 Zehentfreijahre weder vom Jahre 1801 noch vom Moment der Vertheilung öder Gründe zum Zwecke der Kultivirung, sondern nur von dem Zeitpunkte ihrer wirklichen Kultivirung an berechnet werden.

Im Betreffe dagegen der Beweislast darüber, wann diese Kultur der hier fraglichen Gründe stattgehabt habe, so ist wohl allerdings richtig, wenn ein Gemeindeglied den ihr zugetheilten Antheil nicht kultivirte, sondern forthin öde liegen ließ, jeder andere Kulturlustige dessen Abtretung oder neuerliche Theilung zur Kultur verlangen konnte (Verordn. vom 6. April und 18. Juli 1803) und daß damit also ein indirekter Zwang zur sogleichen Kultivirung gesetzlich eingeführt war; allein nicht im Interesse des Pfarrers, sondern im Interesse der Kultur und der allgemeinen Wohlfahrt, und nicht unter dem Rechtsnachtheile, daß von solchen nicht sogleich kultivirten Gründen die Zehentfreijahre alsbald zu laufen beginnen, sondern unter dem angedrohten Nachtheile, daß ein anderer dieselben ansprechen und zur Kultur begehren könne. Niemals sind also hieraus dem Pfarrer oder sonstigen Zehent-

herrn Rechte erwachsen, sondern es konnte diesen aus einer solchen Vernachläßigung der Kultur nur der Nachtheil entstehen, daß sein mit der Gemeindegründe-Theilung in Aussicht gestelltes Zehentrecht auf einen solchen Grund entweder ganz unwirksam gemacht, oder weiter hinausgerückt wurde.

So wenig also die allenfallsige Verspätung der Kultivirung eines zugetheilten Grundstückes dem Pfarrer ein Recht bezüglich auf einen frühern Ablauf der Freijahre gab, so wenig kann die bezügliche Verordnung eine Vermuthung für die sogleich nach der Vertheilung vorgenommene Kultivirung in der Weise begründen, daß solche die Beweislast der Zeit der Kultur auf die Verklagten zu übertragen vermöchte. Diese Beschwerde über den dem revidirenden Pfarrer hinsichtlich dieser Zeit auferlegten Beweis ist also ungegründet, und eben damit fällt auch

ad 2. die Beschwerde desselben darüber, daß ihm nicht wenigstens der Großzehent vom Jahre 1829 an für die ersten 3 Freijahre zu ganz, und für alle Zukunft zu 1/3 definitiv zuerkannt worden ist, in sich selbst als gleichfalls unbegründet zusammen; weil der Moment, von welchem die Freijahre an zu berechnen sind, und von welchem also das ihm sonst unwidersprochene Großzehentrecht beginnt, noch von dem zu führenden Beweis wirklich eingetretener Kultur abhängt, und folglich zur Zeit ungewiß ist.

Was aber

ad 1. b. die Beschwerde angeht, daß er das Herkommen für den Kleinzehent auf diese vertheilten Gemeindegründe beweisen solle, so schließt sich dieser eine anher gebrachte Beschwerde der Beklagten in so weit an, daß sie behaupten, sie hätten von diesem Kleinzehent auf ihren Neubrüchen über die ersten drei Jahre hinaus und für alle Zukunft jedenfalls freigesprochen werden sollen.

Der Kläger stützt seinen Anspruch auf diesen Kleinzehent von diesen Neubrüchen nicht auf ein spezieles Herkommen, was ihm auch, wie von ihm selbst anerkannt ist, wegen der in Mitte liegenden Freijahre nie zu beweisen möglich seyn würde, und welche Beweisauflage daher auch einer deßfallsigen

Klagsabweisung gleich steht; sondern er stützt denselben darauf, daß ihm als Ortspfarrer nach cod. civ. p. II. cap. 10. § 10. Nr. 1. dieser Zehent von diesen Neubrüchen für die ersten drei Jahre unbedingt, und für die Zukunft nur deßhalb gebühre, weil er den ganzen Kleinzehent auf allen alten Kulturen der A. und R. Flur hergebracht habe.

Allein diese Grundlagen seiner Klage bezüglich auf den Kleinzehent von den im Jahre 1804 vertheilten Gemeindegründen würden nur dann hinreichen, seine Ansprüche zu rechtfertigen, wenn die Gesetzesstelle cod. civ, p. 2. c. 10. § 10. Nr. 1. von dem Groß- und Kleinzehent zu verstehen wäre, was jedoch der Fall nicht ist; denn wenn diese Stelle gleich zwischen Groß- und Kleinzehent namentlich nicht unterscheidet, so hat doch dasselbe bayer. Landrecht gegen das gemeine Recht, wonach dem Pfarrer ein fundirtes Recht auf den Zehent ohne Unterschied des Groß- und Kleinzehents zustand, Schenkel inst. jur. cul. etc. 1797 p. II. § 704. Nr. 4—6, schon in demselben cap. 10. § 3. vorhinein und im allgemeinen durchgreifend festgesetzt „daß man in Bayern nach uralter Landesgewohnheit den Kleinzehent nur an Orten wo er Herkommens sey, und in dem Maaße, wie er Herkommens sey, zu geben habe," und sofort l. c. § 4. nur bezüglich des Großzehents ein fundirtes Recht des Ortspfarrers in so lange anerkannt, als nicht eine widrige Observanz oder andere rechtmäßige Exemtion bewiesen werde.

Hat nun hienach aber das bayer. Landrecht schon vorhinein gesetzlich bestimmt, daß der Kleinzehent außer dem Fall wo und wie er hergebracht sey, nicht üblich sey, und nicht geleistet werden darf, und hat dasselbe in dieser Beziehung auch rücksichtlich des geistlichen Zehents der Ortspfarrer keine Ausnahme gemacht, sondern nur den Großzehent als ein dem Ortspfarrer zustehendes und bis zum Beweis einer widrigen Observanz oder besondern Execution fundirtes Recht anerkannt, so bedürfte es auch da, wo von dem Novalzehent die Rede ist, keiner speziellen Unterscheidung zwischen Groß- und Kleinzehent, und es kann sofort auch die Stelle § 10. Nr. 1. ohne jene speziele Distinktion nur

vom Großzehent und nie vom Kleinzehent verstanden werden, und eben, weil das letztere hier nicht besonders erwähnt ist, bleibt diese gesetzliche Bestimmung unter der Regel, daß derselbe von Novalien so wenig als von andern längst kultivirten Gründen gereicht werden darf, wenn er nicht besonders hergebracht ist.

Aus diesem folgt nun aber, daß dem Kläger auf den Grund des Gesetzes l. c. § 10. Nr. 1. der Kleinzehent weder für die ersten drei Jahre nach eingetretener Kultur, noch für die weitere Folgezeit zugesprochen werden kann, und da derselbe auch, wie er selbst anführt, und wie aus dem Umstande, daß die fraglichen Gründe erst 1804 zur Kultur vertheilt worden sind, und von dem Momente der Klagstellung zurück 30 Jahre noch nicht abgelaufen sind, und da ein Nachweis des Herkommens bezüglich auf die ältern Kulturen um so minder für ein dergleichen Recht genügen kann, als bei denselben von einem Grund auf den andern (annot. ad § 25. Nr. 5. lit. h.) nicht geschlossen werden kann, so mußten die Beklagten nicht nur bezüglich auf die Folgejahre, sondern auch bezüglich auf die ersten drei Jahre von der gestellten Klage, wie geschehen ist, entbunden werden.

Es steht diesem Ausspruch auch nicht entgegen, daß rücksichtlich der Zulassung des Pfarrers K. zum Beweis wegen des Noval-Kleinzehents für die ersten drei Jahre, für welche er eigentlich zuerst in seiner Klage denselben nur begehrt hat, von den Beklagten nicht, sondern nur bezüglich auf die Folgezeit anher revidirt worden ist; indem, wie von dem revidirenden Pfarrer selbst angeführt worden ist, er nicht im Stande ist, den ihm zugelassenen Beweis herzustellen, und folglich diese Beweisauflage einer Entbindung der Beklagten von diesem Theile der Klage selbst gleichsteht.

Weiters haben sich die Beklagten in der Konventionssache gegen das appellationsgerichtliche Erkenntniß beschwert, daß nicht der Pfarrer mit seinem Anspruch auf den Großzehent von den fraglichen Novalien für die Folgezeit nach Ablauf der ersten drei Jahre sogleich abgewiesen worden ist;

da, wie sie meinen, der Pfarrer, der nur 1/3 des Groß-zehents zu beziehen habe, nicht decimator universalis sey.

Allein als Decimator universalis ist immer derjenige zu betrachten, welcher auf allen, oder doch auf den meisten Gründen einer Flur das Zehentrecht auszuüben berechtigt ist, (Schenkel l. c. § 700.) und da Beklagte in ihrer Antwort auf die Klage nicht widersprochen, sondern selbst angeführt haben, daß er auf ihren alten Fluren 1/3 des Großzehents habe, so erscheint er hiernach wirklich als decimator universalis, indem es keinen Unterschied macht, wenn er als solcher den Großzehent nicht allein, sondern nur einen aliquoten Theil davon zu beziehen hat. Diese ihre Beschwerde ist also ungegründet.

Was nun aber die Rekonvention der Beklagten gegen den Pfarrer anbelangt, und worin sie mit der Negatorien-klage auch die Berechtigung zum Bezug des Kleinzehents auf ihren alten längst kultivirten Gründen bestreiten, so beschwert sich der Widerbeklagte anher, weil ihm das kön. Appellations-gericht den Beweis des Erwerbs durch unvordenkliche Ver-jährung auferlegt hat, und behaupten

a) daß es genügen müße, wenn er einen zehnjährigen Besitzstand darthue, indem es dann Sache der Widerkläger seyn würde, ihre Freiheit zu beweisen; ferner eventuel

b) daß es jedenfalls hinreichend sey, wenn er nachweise, daß seine Pfarrei den ganzen Kleinzehent in den in seinem Pfarrsprengel gelegenen Feldfluren der A. und R. Gemein-den hergebracht habe.

In ersterer Beziehung stellt sich jedoch sein Begehren deßhalb als unbegründet dar, weil, wenn ein längerer Be-sitz den Negatorien-Beklagten von der Beweislast seines ihm bestrittenen Rechts befreien soll, dieser längere Besitz vorhin-ein feststehen müßte, und nicht erst ein Gegenstand einer vor-gängigen Beweisführung seyn kann; daß aber der Widerbe-klagte in einem solchen längern Besitz des Kleinzehent-Bezugs, wie er solchen behauptet, sey, steht zur Zeit in keiner Weise fest, wie schon der Vorstreit über den Momentanbesitz bewährt,

und wie er selbst dadurch zugiebt, daß er diesen Besitzstand erst beweisen will.

Was dagegen den eventuelen Theil dieser Beschwerde angeht, so ist dieser gegründet, denn das Gesetz fodert nach cap. 10. § 3. Nr. 3. zur Erwerbung und Begründung des Kleinzehentrechts nach uralter Landesobservanz mehr nicht, als daß man diesen Kleinzehent an dem Ort, wo man solchen beziehet, und in dem Maaße, wie man denselben fodert, hergebracht habe.

Deßhalb mußte hier denn auch das appellationsgerichtliche Erkenntniß in dieser Weise, wie geschehen, abgeändert werden.

Endlich haben die Beklagten und Widerkläger ihre schon zur II. Instanz gebrachte Beschwerde, daß die Kosten der ersten Instanz nicht zur Hälfte dem Pfarrer K. überbürdet, sondern daß der Ausspruch hierüber bis zum Endbescheid ausgesetzt worden ist, auch noch hieher verfolgt.

Diese Beschwerde ist jedoch durch die G.-O. cap. 17. § 4. Nr. 2. nicht gerechtfertiget, da hiernach über die Streitskosten selbst allzeit erst mit dem Endbescheid, und nicht eher erkannt werden soll, weil die Frage, wem solche Streitskosten zu überbürden, oder ob sie zu kompensiren seyen, von dem Ausgange des Streites und den hierin vorgebrachten Behelfen abhängt, hier aber zur Zeit weder in der Klagsache des Pfarrers, noch in der Widerklagsache des Mich. E. und Konsorten definitiv erkannt werden konnte.

München, am 25. Mai 1838.

Oberappellationsgericht des Königr. Bayern.

Graf v. Rechberg, Präsident.

Frankl.

Rechtsfall XXIV.

Über Kleinzehent.

Rittersitt.

1.

Klage.

Ich besitze einen Acker, der Geyersbergacker genannt, Kat. Nr. 1353, in der Flur von Sch., in einem Umfange von 13 Tagw. 91 Dezim., welchen ich von meinem Vater übernommen habe, nachdem dieser ihn 14 Jahre lang als Eigenthümer, früher aber 5 Jahre lang als Pächter besessen, und ihn von der Spitalstiftung in Sch. erkauft hatte.

Dieser Acker war heuer mit Erdäpfeln angebaut, und die ganze Ernte von dieser Frucht betrug 480—500 Schfl. Obwohl die Erdäpfelernte in der hiesigen Gegend erst in der Mitte Oktobers anfängt, so erlaubte sich doch der Gräfl. v. S.'sche Gerichtshalter und Ökonomie-Verwalter, mir aus dem bezeichneten Acker schon am 27. und 28. Sept. d. J. eine Quantität von 48 Schfl. Erdäpfel (und zwar während ich nicht einmal zu Hause anwesend war, indem ich mich sonst gegen einen solchen Einfall nachdrücklichst hätte schützen müssen) hinwegnehmen zu lassen, und im Namen seiner Gutsherrschaft hinwegzuführen.

Kaum hatte ich Kenntniß von dieser eigenmächtigen Handlung erlangt, so ließ ich den Gräfl. v. S.'schen Verwalter hierüber zu Rede stellen, und ihn zur Restitution des mir widerrechtlich entzogenen Eigenthums auffodern, mußte aber zu meiner nicht geringen Verwunderung von ihm vernehmen, daß er im Auftrage seiner Herrschaft gehandelt, und diese 48 Schfl. Erdäpfel als Zehent genommen habe.

Da aber zu einer solchen Zehentreichniß durchaus keine Verbindlichkeit besteht, und ich mich noch viel weniger frei-

willig hiezu herbeiließ, und es in jedem Falle nicht geeignet ist, sich sein Recht selbst zu nehmen, indem selbst der berechtigte Zehentherr nicht zu jeder Zeit, sondern nur, wenn der Eigenthümer des Grundes selbst mit der Ernte beginnt, den Zehent verlangen, nicht aber zur Unzeit selbst hinwegnehmen darf, so bin ich gezwungen, gegen diesen Eingriff in meine Besitz- und Eigenthumsrechte den richterlichen Schutz nachzusuchen.

Die Erdäpfel gehören bekanntlich zu den s. g. kleinen Früchten: der Kleinzehent darf aber in Bayern nur in dem Maaße, wie er rechtlich hergebracht ist, und von jenen Grundstücken, auf welchen ein solches Herkommen erwiesen werden kann, gereicht werden. Auf meinem Geyersbergacker sind noch gar niemals Erdäpfel gebaut worden, daher ist es physisch unmöglich, daß der Hr. Beklagte ein Herkommen für sich anführen kann, nam quantum possessum, tantum praescriptum. Ohne Besitz ist ein Herkommen nicht denkbar, und bei dem Kleinzehent darf man weder von einem Grundstück auf das andere, noch von einer Frucht auf die andere einen Schluß ziehen. Wenn daher der Hr. Graf v. S. per inconcessum das Herkommen von irgend einer andern Frucht auf diesem Acker, oder von dem Erdäpfelzehent auf einem andern Acker erweisen könnte, so würde hiedurch die Handlung seines Beamten doch noch nicht gerechtfertiget.

Indem ich daher mich auf die natürliche Freiheit, und insbesondere auf die dem Kleinzehent entgegen stehende Präsumtion und resp. odium legis beziehe, und ausdrücklich bemerke, daß sowohl ich, als mein Besitz-Vorfahrer uns fortwährend in possessione libertatis befanden, bitte ich unterthänigst:

E. K. Appellationsger. wolle mich bei diesem Besitze schützen, und zu Recht erkennen, daß die Hinwegnahme von 48 Schfl. Erdäpfeln widerrechtlich geschehen, und mir dieses Quantum in natura zu ersetzen sei, nicht minder, daß der Hr. Beklagte alle Gerichts- und Prozeßkosten allein zu tragen, und mir zu refundiren habe.

Erkenntniß Imae.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appellationsger. für den *** Kreis in Sachen J. S. in Sch. gegen den erblichen Reichsrath ꝛc. v. S., Zehentrecht betr. zu Recht, daß der Hr. Beklagte binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen habe, daß er den kleinen Zehent zu einer Zeit, als das letztemal vor dem damaligen Vorfalle eine zum Kleinzehent gehörige Fruchtgattung auf dem in der Klage bezeichneten Felde gebaut wurde, bezogen habe.

Susp. exp.

Gründe.

Wenn die angestellte Klage, wie sie in rubro des Libells betitelt ist, betrachtet wird, so ist eine objektive Klagenhäufung vorhanden, nämlich die actio spolii verbunden mit der actione negatoria.

Allein nach dem materielen Inhalte der Klage erscheint dieselbe ausschließend als eine possessorische Klage.

Denn der Kläger behauptet als Eigenthümer des Ackers auf dem Grunde der possessionis libertatis und der ihm wegen des Kleinzehents zur Seite stehenden gesetzlichen Präsumtion vom Beklagten vi et clam aus seinem Besitze verdrängt worden zu seyn, und seine Bitte geht dahin, den Beklagten zum Ersatze der hinweggenommenen 48 Schfl. Erdäpfel und der Kosten zu verurtheilen, wohin die Tendenz des interdicti unde vi und des im kanonischen Rechte so sehr begünsteten remedii spolii geht.

Auf jeden Fall konnte aber auch nach der G.-O. cap. 4. §. 9. die angestellte possessorische Klage mit der petitorischen verbunden werden.

Es sind jedoch hier zwei Grundsätze zu berücksichtigen:

1) Die Spolienklage ist vor allem zu würdigen nach dem Grundsatze: spoliatus ante omnia restituendus cap. 1. X. de restit. spoliat.

2) Im Falle jedoch nach den gepflogenen Verhandlungen selbst in petitorio ein definitives Urtheil gefällt werden könnte, so müßte nach dem Grundsatze, daß das petitorium das possessorium absorbire, nur in petitorio das Erkenntniß gefällt werden.

Hienach ist daher

I. die Spolienklage und

II. das petitorische Vorbringen des Beklagten zu würdigen.

ad I. zur Begründung der Spolienklage werden zwei Momente erfodert:

1) der Besitz;

2) das factum ejectionis von Seite des Beklagten.

Das zweite Requisit ist durch das vom Beklagten eingestandene factum, daß er, resp. sein Verwalter, den mit Erdäpfeln bebauten Acker im Jahre 1830 ausgezehntet habe, hergestellt.

Allein in Hinsicht des ersten Requisites behaupten beide Theile, vorher im Besitze gewesen zu seyn; der Kläger in possessione libertatis von der Last des kleinen Zehents — der Beklagte im Quasibesitze des Zehentrechtes.

Bei diesen wechselseitigen Behauptungen entsteht die Frage, wem die gesetzliche Vermuthung des Besitzes zur Seite stehe, und diese Frage muß nur zu Gunsten des Klägers beantwortet werden, weil

a) nach der Geschichte der Legislation die bayer. Landesobservanz nur dem großen und nicht dem kleinen Zehent huldigte,

b) in diesem Geiste auch die Bestimmungen des cod. civ. Thl. 2. cap. 10. § 3. Nr. 3. und § 25. Nr. 6. aufgefaßt sind, und

c) aus den Bestimmungen in § 11. nur so vieles folgt, daß, wenn der Dezimator den Großzehent hat, er auch dann, wenn eine andere als die bisherige, jedoch zum Großzehent gehörige Frucht gebaut wird, er auch diese auszehnten dürfe, und ebenso, wenn er den Kleinzehent zu beziehen

hatte, durch die Veränderung der zum Kleinzehent gehörigen Früchte sein Recht in salvo bleibt.

Da hienach der Kläger wirklich die gesetzliche Präsumtion der Freiheit vom Kleinzehent für sich hat, und die Erdäpfel nach Cod. civ. Thl. 2. cap. 10. § 2. in fine zum Kleinzehent gehören, so mußte dem Beklagten in der im Erkenntnisse bestimmten Form der Beweis auferlegt werden.

ad II. Der Beklagte hat in der Exception nebst der allgemeinen aus dem jure decimandi universali hergeleiteten Präsumtion, welche ex deductis ad I. schon widerlegt wurde, noch einen Auszug aus dem Hypothekenbuche beigelegt, worin der Acker als zehentpflichtig bemerkt ist, und gegen die Richtigkeit dieses Auszuges hat der Kläger in der Replik nichts vorgebracht. Allein

a) der Kläger war auch bei der primarie angestellten Spolienklage nach dem Grundsatze, daß das Spolium vor allem zu erledigen sey, sich hierauf einzulassen nicht schuldig, sowie er auch in der Replik ausdrücklich sein Petitum dahin stellte, daß das Spolium vor Allem abgethan und der Beklagte ad petitorium verwiesen werde.

b) Kommt in dem Auszuge aus dem Hypothekenbuche von der Verbindlichkeit des kleinen Zehents nichts vor, und es kann von dem großen Zehent auf den kleinen Zehent keine Schlußfolge gezogen werden.

In petitorio konnte daher zur Zeit nicht erkannt werden.
Susp. Exp.

3.

Berufung des Beklagten.

Allerdurchlauchtigster ꝛc. ꝛc.

Auf die Klage des Posthalters und Bierbrauercibesitzers S. von Sch., wegen angeblicher Spoliation, hat mir das k. Appellationsger. den Beweis darüber auferlegt, daß ich den

kleinen Zehent zu einer Zeit, als das Letztemal vor dem dermaligen Vorfall eine zum kleinen Zehent gehörige Fruchtgattung auf dem in der Klage bezeichneten Felde gebaut wurde, bezogen habe.

Durch dieses Erkenntniß finde ich mich beschwert, und ergreife hiegegen das Rechtsmittel der Berufung, welche ich auch auf nachstehende Weise ehrfurchtsvoll ausführe.

Das angeführte Erkenntniß beschwert mich,

I. weil dasselbe die angestellte Spolienklage nicht als unstatthaft verworfen hat,

II. eventuel,

weil ich auf den Beweis des Besitzes des Kleinzehents von dem vorwürfigen Grundstücke beschränkt, und mir nicht das Beweisthema dahin erweitert worden ist, daß ich den Kleinzehent in der gesammten Langenmoser Zehentflur besitze, und daß das fragliche Grundstück in dieser Flur gelegen sey.

ad I. Der Kläger hat selbst nicht widersprochen, daß die Spitalbreite zur Gutsherrschaft S. zehentpflichtig ist, und daß sich die Gutsherrschaft von jeher im Besitze dieses Zehentrechtes befunden habe, und noch befinde. Er behauptet nur, daß diese Zehentpflichtigkeit den Großzehent zum Gegenstand habe, und er daher im Besitze der Kleinzehentfreiheit sey.

Der hohe Richter a quo erklärt selbst, das die vom Kläger angestellte Klage die Spolienklage sey, und dieß geht auch wirklich aus dem Inhalt des Klaglibelles hervor, ungeachtet in der Rubrizirung derselben eine andere Klage genannt ist.

Die Spolienklage setzt jedoch vor allem Andern eine Besitzentsetzung durch unrechtmäßige Gewalt voraus.

L.-R. Thl. II. cap. 5. § 11. Nr. 1. 2.

Daß die Auszehntung der dem Kläger gehörigen Spitalbreite, deren Zehentbarkeit durch den in beweisender Form beigebrachten Auszug aus dem einschlägigen Hypothekenbuche von mir in instanti dargethan worden ist, von Seite der Zehentherrschaft mit Gewalt geschehen sey, oder daß Kläger diese Auszehentung auch nur mit Worten gehindert habe,

wird von ihm selbst nicht behauptet. Es fällt daher der wesentliche Grund einer Spolienklage, die Gewalt hinweg, und schon wegen dieses wesentlichen Mangels hätte die Spolienklage zurückgewiesen werden sollen.

Nebstdem fehlte der Klage noch ein anderes nicht minder wesentliches Erfoderniß, nämlich Possession, d. h. die Possession der natürlichen Freiheit. Durch den beigebrachten und vom Kläger anerkannten Auszug aus dem Hypothekenbuche ist gerade das Gegentheil des Klagfundamentes, nämlich daß sich Kläger keineswegs im gerühmten Besitze der natürlichen Freiheit befinde, in instanti dargethan. Hiebei muß ich der Ansicht des kön. Appellationsger. begegnen, als ob in der Spolienklage der Kläger gar nicht einmal schuldig sey, sich auf Dokumente zu erklären, womit der Beklagte sein Recht auf der Stelle erweist. Auch in Spolienklagen wie in allen andern Besitzklagen müssen eben, weil, wie das kön. Appellationsgericht selbst anführt, das possessorium vom petitorium absorbirt wird, petitorische Einreden gewürdigt werden, wenn sie auf der Stelle dargethan werden können.

G.-O. cap. 3. § 4. Nr. 3.

woraus nothwendig folgt, daß der Gegner zur Erklärung auf die zur Begründung solcher Einreden produzirten Urkunden allerdings verbunden ist.

G.-O. cap. 11. § 7. Nr. 4.

Auch aus diesem Grunde hätte die Spolienklage abgewiesen oder doch wenigstens dem Kläger der Beweis der Possession auferlegt werden sollen, da der Zehent von dem fraglichen Felde seit unfürdenklicher Zeit erhoben worden ist, und Kläger, der in dem Klaglibelle die Dreistigkeit hatte, die Zehentpflichtigkeit geradezu abzuläugnen, in der Replik solche nicht mehr zu widersprechen wagt, sondern seinen Widerspruch nur noch auf die Pflichtigkeit zum Kleinzehent beschränkte.

Allein selbst dann, wenn mir unzugegeben das Recht des Kleinzehents auf dem fraglichen Felde nicht zustände, sondern wenn solches nur großzehentpflichtig wäre, so würde dennoch schon aus jenen gesetzlichen Bestimmungen, welche das Land-

recht über die Änderung des Fruchtbaues auf zehentpflichtigen Gründen enthält, die Unstatthaftigkeit der gegnerschen Klage hervorgehen.

Die Bestimmungen hierüber sind im L.-R. Thl. IV. cap. 10. § 11. enthalten, und als leitender Grundsatz ist hierin das Prinzip aufgestellt, daß dem Zehentherrn durch die Änderung des Fruchtbaues zwar ein indirekter, keineswegs aber ein direkter Schaden zugehen könne.

L.-R. a. a. O. die v. Kreithm. Anmerk. hiezu lit. a.

Dieses Prinzip findet auch in der Stelle des L.-R. Thl. II. cap. 10. § 9. Nr. 3. seine Bestätigung, nach welcher der Zehentherr durchaus nicht der Diskretion seines Zehentholden preisgegeben werden darf.

Offenbar aber wäre er der Diskretion, oder vielmehr der Bosheit seines Zehentholden verfallen, wenn, wie das kön. Appellationsger. meint, die Bestimmungen des L.-R. Thl. II. cap. 10. § 11. nur die Condezimatoren beträfen, und der Fall der Änderung im Fruchtbaue außer der Condezimation im Gesetzbuche gar nicht vorgesehen wäre.

Namentlich wäre dieß in concreto der Fall. Es stünde, wenn die vom k. Appellationsgericht aufgestellten Grundsätze die richtigen wären, lediglich in der Willkühr des Klägers, ob er mein Zehentrecht jemals wieder wirksam machen wolle oder nicht, da es nur an ihm läge, das mir zehentbare Grundstück für immer dem Baue der Kartoffel oder anderer Kleinfrüchte zu widmen, und falls mir das Kleinzehentrecht nicht gleichfalls zustünde, alle Wirksamkeit des Großzehentrechtes zu entziehen.

In dem vorliegenden Falle erscheint die Thatsache, daß Kläger den Fruchtbau nur aus Muthwillen und Bosheit verändert hat, um so mehr als hergestellt, als der Anbau der Kartoffel nicht in der Brache geschah, was auch Kläger selbst nicht behauptet hat.

Daß der Kleinzehent selbst vom Großzehentherrn bezogen werden könne, wenn aus Getreidländern Kleinfrucht bringende Grundstücke gebildet werden, zeigt das L.-R. durch das in Thl. II. cap. 10. § 11. Nr. 4. ausgehobene Beispiel klar

genug, so wie auch aus den Anmerkungen hiezu klar zu ersehen ist, daß die in diesem § vorkommenden Bestimmungen nichts weniger als blos die Condezimatoren betreffen.
Anmerk. lit. b. c. „wann der decimator vel condecimator" ꝛc. ꝛc.

Da mir das Großzehentrecht selbst vom Kläger zugegeben ist, so hätte den Bestimmungen des L.-R. gemäß derselbe um so mehr mit seiner Klage abgewiesen werden sollen.

ad II. Selbst für den unzugegebenen Fall, daß eine Spolienklage begründet wäre, daß ferner aus dem Großzehent allein das Recht, von den auf dem großzehentbaren Acker außer der Brachzeit gebauten Kartoffeln den Zehent zu nehmen, noch nicht eruirt werden könnte, war die von Seite des k. Appellationsger. gemachte Beweisauflage offenbar zu enge.

Ich habe in der Einrede ausdrücklich asserirt, daß die Gutsherrschaft zu S. im Besitze des Kleinzehents von der ganzen Langenmoser Zehentflur, wo nur immer Kleinfrüchte, und welche immer gebaut werden, sey; ich hätte daher offenbar zum Beweise des Besitzes dieses allgemeinen Zehentrechtes gelassen werden sollen.

An E. K. M. stelle ich demnach die unterthänigste Bitte, reformando sententiam Imae zu erkennen:

daß Kläger mit seiner Spolienklage abzuweisen, und in alle Streitkosten zu verurtheilen sey;

oder eventuel:

daß ich zu beweisen habe, daß ich im Besitze des Kleinzehentrechtes in der ganzen Langenmoser Zehentflur sey, und daß die Spitalbreite des Klägers zur Langenmoser Zehentflur gehöre.

4.

Nebenverantwortung.

Da sich die Berufungsschrift des geklagten Theiles in rubrizirter Streitsache augenfällig auf eine ganz falsche Ansicht und unrichtige Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen

über den Kleinzehent in Bayern gründet, so finde ich mich veranlaßt, nachstehende Widerlegung seiner Beschwerdegründe zu den Akten zu bringen, und, um den Ungrund seiner gravaminum recht anschaulich zu machen, seiner Berufung in jenen Theilen zu adhäriren, in welchen er darzuthun sucht, daß entweder gar nicht auf Beweis hätte erkannt werden sollen, oder daß wenigstens das Beweisthema zu sehr beschränkt sey, während ich nachweisen zu können glaube, daß der verehrliche Gerichtshof I. Instanz den Beklagkten schon jetzt hätte definitiv verurtheilen sollen, oder daß er wenigstens das Beweisthema weiter ausdehnte, als es nach der Aktenlage gerechtfertigt erscheint.

Der Hauptirrthum des Appellanten besteht darin, daß er beständig den grossen und kleinen Zehent verwechselt, und von dem einen Schluß auf den andern zieht, welches nach unsern Gesetzen ganz und gar nicht statt finden kann, weil beim Großzehent in dubio die Präsumtion für die Zehentpflichtigkeit und gegen die Zehentfreiheit spricht, während bei dem Kleinzehent gerade der gegentheilige Fall statt findet, und das Verhältniß ganz umgekehrt ist.

Der Kleinzehent wird nirgends präsumirt, und muß jeden Orts besonders bewiesen werden; ich habe nirgends eingeränmt, daß meine Felder allgemein zehentpflichtig seyen, daher ist nicht abzusehen, in wie ferne die Beweisauflage im allgemeinen für den Beklagten als gravirlich angesehen werden könne.

Meine Klage enthält ausdrücklich das Assert, daß auf dem Acker, von welchem sich der Hr. Beklagte den Erdäpfel-Zehent anmaßte, diese Frucht noch gar niemals gebaut worden sey.

Wie kann man nun behaupten, ich habe den Besitz des Gegners eingestanden?

Ganz werthlos ist die Bezugnahme auf das Hypothekenbuch, indem ich einerseits über die Anmeldung des prätendirten Zehentrechtes noch nicht gehört wurde, und Niemand in Sachen, welche von der Konvention abhängen, einen Andern ohne dessen Zustimmung verpflichten kann, und anderer-

seits, weil sich bei dem Vorhandenseyn eines odium legis gegen den Kleinzehent die Ausdrücke zehentbar, zehentpflichtig u. dgl. nur auf den grossen Zehent, niemals aber auf eine solche kleine Frucht beziehen können, welche auf dem in Rede stehenden fundus noch gar niemals gebaut wurde, mithin noch nicht Herkommens seyn kann.

Eben so irrig ist die Ansicht des Appellanten, daß das Spolium eine unrechtmäßige Gewalt, oder gewaltsame Entsetzung voraussetze. Es handelt sich in concreto nicht sowohl von dem Besitze einer körperlichen Sache, als vielmehr von dem Quasi-Besitze einer unkörperlichen Sache, oder eines Rechtes, nämlich des Besitzes der natürlichen Freiheit, in welcher ich allerdings widerrechtlich gestört werde, wenn ein Dritter mir den zehnten Theil meiner ganzen Ärnte, ohne im mindesten hiezu berechtigt zu seyn, entzieht und eigenmächtig an sich reißt.

Speziel ist die Spolienklage in Zehentsachen für zulässig erkannt nach den Annot. alt. cod. civ. P. II. cap. 10. § 25. n. 4. lit. e et f, und es ist grundfalsch, daß nur eine gewaltsame Entsetzung die Spolienklage begründe.

Hellfeld jurisprud. for. T. II. § 1852.

Quia dejectio ex possessione etiam, sine vi fieri potest, jus canonicum loco vocabuli vis aliud, spolium nempe substituit, et usum interdicti magis ampliavit. Est autem spolium quodvis illicitum factum, quod possessionem rei, vel juris cujuscumque auffert.

Diese Ansicht wird durch die Bestimmung cod. civ. P. II. cap. 5. § 11., keineswegs aufgehoben, vielmehr bestärkt, denn diese Gesetzstelle redet von zwei verschiedenen Handlungen, nämlich

a) von Entsetzung des Besitzes durch unrechtmäßige Gewalt, und

b) von Spoliation.

Für erstere steht dem Entsetzten (nach den v. Kreitmaier'schen Anmerkungen) das interdictum unde vi, und für letztere die actio spolii zur Seite.

Übrigens liegt das Widerrechtliche und Gewaltthätige des appellantischen Benehmens schon darin, daß sich der vermeintliche Zehentherr via facti in den Besitz setzte, und mir den zehnten Theil meiner Frucht vom Felde nahm, ohne mich von seinem Vorhaben in Kenntniß zu setzen, und lange, ehe ich selbst die Frucht für ausgezeitigt hielt, und die Ärnte begann. Wie kann man also sagen, daß ich die Auszehentung nicht gehindert habe, da sie mir verstohlens geschah?

Appellant behauptet, im Besitze des Kleinzehents überhaupt zu seyn: ich widersprach dieses mit spezieler Bezugnahme auf die Thatsache, daß es kein allgemeines Kleinzehentrecht gebe, und daß, weil noch niemals Erdäpfel gebaut wurden, Beklagter noch nicht in dem Besitze des Erdäpfelzehents sich befinden könne. Der Besitz ist res facti, er setzt ein factum corporeum, die Apprehension voraus, und muß daher von dem Asserenten bewiesen werden.

Der Beklagte hat den Beweis nicht anticipirt, sondern sogar gegen seine Verbindlichkeit protestirt; aus welchem Grunde sollte er denn von der Beweislast befreit werden, wenn er asserirt hätte, daß er sich in dem Besitze des Erdäpfelzehents auf meinem Acker befinde?

Seine Anmeldung zum Hypothekenbuche beweiset weder sein Zehentrecht, noch die speziele Thatsache, daß er sich im Besitze des Erdäpfelzehents befinde.

Ein besonders wesentlicher Irrthum des Beklagten besteht darin, daß er die Bestimmungen des Cod. civ. P. II. cap. 10. § 11. in concreto für anwendbar findet, welches aber durchaus nicht der Fall ist. Den Ungrund der dießfallsigen Beschwerde hat schon judex I^mae widerlegt; jener § bestimmt lediglich die Rechtsverhältnisse, wenn verschiedene Kondezimatoren vorhanden sind, und wenn es eine entschiedene Sache ist, daß der grosse wie der kleine Zehent sich ungezweifelt in Richtigkeit befinde, und die dießfallsige Verbindlichkeit unwidersprochen sey. Er handelt auch nur vom geistlichen Zehent, welches daraus hervorgeht, daß von der Schmälerung der congrua parochi die Rede ist. Am allerwenigsten könnte jenes Gesetz in possessorio gegen mich

angewendet werden, denn sein ganzer Inhalt ist altioris indaginis, und qualifizirt sich nur zur Interpretation in petitorio.

Dieser Irrthum des Beklagten hat seine Quelle in einem andern Irrthum, weil derselbe von der Ansicht ausgeht, als wenn der Grund zehentbar wäre, oder der Zehent überhaupt von Grund und Boden gereicht würde.

Niemals ist der fundus selbst zehentbar, sondern nur die Früchte, deßwegen darf der Zehentmann dem Zehentherrn keinen Zehent, und auch keine Entschädigung reichen, wenn er den Acker ruhen läßt und gar nicht anbaut, und deßwegen kann er auch durch das Vorhandenseyn verschiedener Zehentherrn nicht abgehalten werden, andere Früchte, und selbst solche anzubauen, welche nicht dezimabel sind; denn als Eigenthümer kann er seinen Grund ganz nach Willkühr benützen und bebauen.

Die Wahrheit meiner Behauptung steht nach Cod. civ. P. 2. cap. 10. § 9. gesetzlich und unabänderlich fest. Diese Gesetzstelle ist der einzig giltige Maaßstab, um alle zweifelhafte passus über das Zehentrecht giltig zu interpretiren.

Gesetzt den Fall, mein Acker quaestionis soll wirklich ein zehentbarer Acker, und die Reallast des Zehents von mir anerkannt seyn, so versteht sich doch selbst dieses Anerkenntniß nicht unbedingt von allen hierauf gebaut werdenden Früchten, sondern nur von jenen, welche dezimabel sind. Die Erdäpfelfrucht habe ich aber nicht nur noch nie als dezimabel anerkannt, sondern diese Eigenschaft ausdrücklich widersprochen, und dieser Widerspruch ist um so mehr zu würdigen, als Beklagterseits durchaus nicht behauptet werden konnte, daß auf meinem Acker Erdäpfel schon einmal gebaut und verzehntet worden seyen. Der Hr. Beklagte rechtfertigt das Faktum, welches meine Klage veranlaßte, nicht durch seinen Naturalbesitz, in welchem er sich nie befand, in specie nicht durch die Behauptung, daß er sich in dem wirklichen Besitze des Erdäpfelzehents befinde, sondern durch ein angebliches allgemeines Recht oder titulum universalem auf alle gebaut werdend-

kleinen Früchte, mithin blos auf einen Civilbesitz, Besitz-Titel, oder jus possidendi. Da aber ein solches Universalrecht nur in Beziehung auf den Großzehent existiren, jeden Falls nur in petitorio nachgewiesen werden kann, und ohne Apprehension kein Besitz denkbar ist, so ergibt sich die richtige Folge, daß der Hr. Geklagte zum Beweise des Besitzes aus dem Grunde nicht hätte gelassen werden sollen, weil er selbst nicht behauptete, specialiter sich in dem faktischen Besitze des Erdäpfelzehents jemals befunden zu haben, oder mit andern Worten, weil das Fundament seiner Exception nicht der Besitz des Erdäpfelzehents auf dem G.-Acker (oder Spitalbreite genannt) in specie war.

Das königl. Appellationsgericht läßt den Beklagten zu dem Beweise, daß er den kleinen Zehent zu einer Zeit, als das letzte Mal eine zum Kleinzehent gehörige Fruchtgattung gebaut wurde, bezogen habe.

Allein diese Beweisauflage entspricht der Aktenlage nach meiner Überzeugung aus doppeltem Grunde nicht; denn

1) ist dieses Beweisthema viel zu weit, beschränkt sich nicht auf den bezeichneten Acker, und nicht auf die — allein in Frage stehende Frucht der Erdäpfel, und steht daher der gesetzlichen Erläuterung oder Adnotation ad Cod. civ. P. II. cap. 10. § 25. nro. 5. lit. h. geradezu entgegen, und

2) konnte der Beweis auf den Besitz des Erdäpfelzehents auf den G.-Acker nicht beschränkt werden, weil Ttl. Beklagter seine Handlungsweise durch einen solchen spezielen Besitz nicht zu rechtfertigen suchte.

Der Hr. Beklagte hätte daher allerdings, ohne irgend eine Beweisauflage, nach meinem Klags-Petitum verurtheilt werden sollen, indem über das Quantum der zu ersetzenden Früchte kein Streit besteht.

Die Beschwerde des Appellanten ist demnach in allen Theilen ungegründet, und wenn je noch auf Beweis erkannt werden könnte, so könnte das Beweisthema nicht anders lauten, als: „daß der Beklagte sich bis zu der — die Klage veranlassenden Handlung auf dem G.-Acker des Klägers in

dem ruhigen und faktischen Besitze des Erdäpfelzehents befunden habe."

Da meine Klage hauptsächlich possessorischer Natur ist, so sind nicht nur petitorische Einreden zu ihrer Widerlegung ungeeignet, sondern es dürfen auch die possessorischen Einreden nur aus dem wirklichen oder Naturalbesitze, und nicht aus einem vermeintlichen jure possidendi abgeleitet werden, was in der Intention des Beklagten liegt; denn ich gehe von der allgemeinen Regel nicht ab: „wo keine Apprehension, da ist kein Besitz denkbar."

Ich bitte daher allerunterthänigst den Appellanten nicht nur mit seiner Berufung abzuweisen, und in die Kosten zu verurtheilen, sondern auch auf den Grund meiner Adhäsion reformando sent. Iuae zu erkennen, daß der Beklagte nach meinem Klagepetitum in Haupt- und Nebensache definitiv zu verurtheilen sey.

M. den 17. März 1831.

5.

Erkenntniß IIda.

Se. königl. Majestät.

Erkennen in Sachen des Joh. S., Posthalters und Bierbräuers in S., gegen den Herrn Reichsrath Grafen von S., wegen Kartoffelzehent, insbesondere punct. spolii, zu Recht:

Der Hr. Beklagte sey schuldig, die dem Kläger eigenmächtig abgenommenen 48 Schäffel Kartoffel demselben zurück zu ersetzen, und alle Kosten zu tragen, dann eine Sukkumbenztaxe von sechs Thalern zu zahlen.

Entscheidungsgründe.

Darüber, daß im vorliegenden Falle die Spolienklage angestellt seye, sind beide Theile einig. Der Gegenstand des Streites ist der zum Kleinzehent gehörige Kartoffelzehent.

Hierüber bestimmt nun das Gesetz:

Cod. civ. P. II. cap. X. § 3. nr. 3. et annot. ad § 25. nr. 5. lit. h. vergl. mit der Verordnung vom 28. Septbr. 1793 M. G. S.-B. V. S. 274.

I. daß man nach uralter Landes-Observanz den kleinen Zehent überhaupt nur an Orten, wo er Herkommens, und in der Art, wie er Herkommens ist, reiche, daß

II. der Schluß vom grossen auf den kleinen Zehent nicht gelte, vielmehr

III. selbst der Pfarrer in Beziehung auf den kleinen Zehent keineswegs praesumtionem generalem et assistentiam juris für sich habe, geschweige ein weltlicher Zehentherr, daß vielmehr da

IV. überall die Regel gelte: tantum praescriptum, quantum possessum, daß somit weder von einem Grundstücke auf das andere, noch von einer Frucht auf die andere geschlossen werden könne.

Nun ist im vorliegenden Falle

V. gar nicht streitig, daß die Spitalbreite Eigenthum des Klägers sey, woraus sodann für sich die gesetzliche Vermuthung für ihn steht, daß auch die auf derselben gewachsenen Früchte sein Eigenthum seyen, und er sich im Besitze des Einen, so wie der Andern befand.

VI. Der Herr Beklagte widersprach nicht, durch seinen Verwalter 48 Schäffel Kartoffel als Zehent eigenmächtig und heimlich weggenommen zu haben. Das Faktum der Entwehrung steht also fest, und somit ist die Spolienklage gesetzlich begründet.

Cod. jud. civ. P. II. cap. V. § 11.

VII. Dieser Klagegrund war keineswegs durch eine in continendi liquidable Einrede elidirt; ja da der Hr. Beklagte nicht einmal behauptete, im Besitze des Kartoffelzehents auf dem fraglichen Acker gewesen zu seyn, so konnte ihm auch der Beweis über dieses einzig erhebliche Beweisthema nicht aufgetragen, es mußte vielmehr, da jenes der I. Instanz gegen die klaren Gesetze offenbar zu weit war, sogleich definitiv zu Gunsten des Klägers erkannt werden.

VIII. Da jedoch dieser Streit seiner Natur nach rein possessorisch ist, so versteht es sich von selbst, daß hiedurch dem Rechte des Hrn. Beklagten, wenn er dasselbe im petitorischen Prozesse durchführen zu können glaubt, nicht das Mindeste präjudizirt sey.

Die Kosten trägt nach Cod. jud. cap. XVII. § 4. nro. 2. der Hr. Beklagte und Revisionssucher als unterliegender Theil um so mehr, als ihm eine redliche Ursache zum Streite durchaus nicht zur Seite steht.

München, den 4. Febr. 1833.

6.

N. den 3. Sept. 1833.

Petitorienklage.

Der Gutsherrschaft zu S. steht auf sämmtlichen Grundstücken, welche in dem (nach abschriftlicher Anlage seit mehr als 70 Jahren vermarkten und versteinerten) Langenmoser-Zehentflur-Bezirk liegen, das Groß- und Kleinzehentrecht von allen in diesem Bezirk gebauten Früchten zu.

Seit undenklichen Zeiten befindet sich die Gutsherrschaft auch in Besitz des Zehentrechts, und namentlich hat dasselbe auch das Recht hergebracht, den Kleinzehent von allen Gründen dieses Bezirks zu erheben, ohne Unterschied, ob solche auf irgend einem bestimmten Grundstück schon früher gebaut worden seyen oder nicht.

Im Betreff der erwähnten Zehentflurmarkung befinden sich auch die sogenannten Spitaläcker, auch Geiersbergäcker oder Spitalbreiten genannt.

Einen Theil dieser Spitalbreiten, Pl. Nr. 1353 im Umfange von 13 Tagw. 91 Dez. besitzt der Posthalter und Ökonom Joh. S. zu Sch., dessen Vater und Gutsvorfahrer denselben von der Spitalstiftung zu Sch. durch Kauf erworben hat.

Sowohl in dem Kaufsvertrage als auch vor der Steuerliquidations-Kommission hatte S. die Groß- und Kleinzehentbarkeit dieses Grundstückes zur Gutsherrschaft S. ausdrücklich anerkannt, und den Zehent von allen darauf erbauten Früchten unverweigerlich an dieselbe verabreicht.

Im Jahre 1830 fiel es demselben auf einmal bei, die gewöhnliche feldwirthschaftliche Ordnung zu verkehren, und auf seinem Spitalbreitenantheil, der in dem genannten Jahre mit Winterfrucht hätte bebaut werden sollen, Kartoffel zu pflanzen.

Obgleich der Kartoffelzehent in der ganzen Langenmoser Zehenthofmarkung speziel herkömmlich ist, obgleich überdieß der Zehent von den im Winterfeld gebauten Kartoffeln als Surrogat des hiedurch entzogenen Großzehents der Gutsherrschaft nach klaren Bestimmungen des

L.-R. Thl. II. cap. 10. § 11.

ohnehin gebührt hätte, wenn dieselbe das Kleinzehentrecht auch nicht besessen hätte, so verweigerte Beklagter dennoch die Entrichtung des Kartoffelzehents, welcher 48 Schäffel betrug, und verharrt seither auf dieser Weigerung.

Von dem kön. Appellationsger. in dem hierüber anhängig gewordenen Rechtsstreite ad possessorium ordinarium vel petitorium verwiesen, stelle ich demnach Klage mit der gehorsamsten Bitte:

kön. Landgericht geruhe zur kurzen schlüßigen Verhandlung der Sache demnächst Tagsfahrt zu bestimmen, sodann aber zu erkennen:

daß Beklagter schuldig sey, von seinem zur Gutsherrschaft S. groß- und kleinzehentbaren Acker Nr. 1353, der Geiersbergacker oder die Spitalbreite genannt pr. 13 Tagw. 91 Dez., den Kartoffelzehent an die Gutsherrschaft zu reichen, sonach den Kartoffelzehent-Betrag für das Jahr 1830 pr. 48 Schfl. mit 90 fl., so wie den treffenden Zehentbetrag der nachfolgenden Jahre demselben zu ersetzen und sämmtliche Streitkosten zu tragen.

7.

Exception.

In der Voraussetzung, daß der klägerische Anwalt sich zur Anstellung der Klage in petitorio gegen mich gehörig legitimiren werde, bringe ich Nachstehendes excipiendo gegen diese Klage vor:

Es wird Namens des Hrn. Grafen von und zu S. die Behauptung aufgestellt, daß demselben in der Flur von Langenmosen das Groß- und Kleinzehentrecht von allen in diesem Bezirke gebauten Früchten zustehe.

Wenn Hr. Kläger sich im Ernste einige Hoffnung machen wollte, mit seinen dießfallsigen Ansprüchen gegen mich durchzusetzen, so hätte er erwägen sollen:

a) daß jeder Kläger schuldig sey, für seine Klage ein geeignetes Fundament, einen nähern oder entferntern Klagegrund als causam petendi anzuführen, damit der Beklagte im Stande sey, die Rechtmäßigkeit der kläger'schen Ansprüche zu würdigen, und sich gegen die Klage zu defendiren.

Cod. jud. cap. 4. § 7. Nr. 3 u. 4.

Thibaut System des Pand.-R. III. Thl. 1136.

Danz. Grundsätze des ordentl. Prozesses § 66 bis 68.

b) Daß man kein Recht klageweise verfolgen und geltend machen könne, welches nicht entweder auf einer spezielen Konvention oder auf dem Gesetze selbst beruht, und daß der Richter in keinem Falle ein Recht zuerkennen könne, welches gesetzlich gar nicht besteht, oder von dem Gesetze nicht anerkannt, sondern mit dem odis legis behaftet ist.

Diese drei Regeln hat Hr. Kläger gänzlich vernachlässigt, indem er blos im Allgemeinen anführt, es stehe ihm das Zehentrecht zu, ohne näher zu bezeichnen, von welchen faktischen oder rechtlichen Verhältnissen er dasselbe ableite, und indem er übersehen zu haben scheint, daß ein allgemeines Zehentrecht in Beziehung auf den Kleinzehent — ein non ens, etwas gesetzlich Unmögliches und Unstatthaftes sey, dessen Zuerkennung man von dem Richter gar nicht forden kann.

Bei dieser Sachenlage geht mein präjudizieles Petitum dahin, daß ich nicht schuldig sey, mich auf eine — theils nicht gehörig substanzirte, theils dem Gesetze entgegen laufende Klage einzulassen, und daß der Hr. Kläger mit seiner Klage angebrachtermassen abzuweisen, und in die Kosten zu kondemniren sey.

Blos eventuel, wenn diesem petito wider Vermuthen nicht stattgegeben werden könnte, bringe ich Nachstehendes zur Zerstörung des Klagerechts gehorsamst an:

Der Zehent ist nach unserm Landrechte ein gewisser Antheil von Früchten, welche man der Geistlichkeit zum Unterhalt, oder auch andern von Gesetz- oder Gewohnheitswegen schuldig ist.

Da Hr. Kläger kein Geistlicher, sondern ein weltlicher, oder ein Laie ist, und der Zehent regulariter blos der Geistlichkeit, insbesondere dem Pfarrer gebührt; da ferner der Zehent als ein ursprünglich geistliches Recht an weltliche Personen nicht anders gelangen kann, als durch päpstliche oder wenigstens bischöfliche Bewilligung, eine Thatsache, welche jenseits gar nicht einmal behauptet wurde, so folgt von selbst, daß dem Hrn. Kläger durchaus kein Klagerecht gegen mich zustehe, und daß sich seine Klage zur Abweisung a limine geeignet hätte, weil er weder ein Gesetz noch eine Gewohnheit des Erdäpfelzehents auf dem Geiersbergacker oder der Spitalbreite für sich anzuführen vermochte. Das Einzige was als Klagegrund, wiewohl nur mit leiser Andeutung angegeben werden will, ist der behauptete Besitz des Zehentrechts seit unfürdenklicher Zeit. Da aber die gegentheilige Klage ausdrücklich nur auf den Kleinzehent gerichtet ist, so genügt es, zu bemerken, daß nach dem deutlichen Inhalte unseres Landrechts der Kleinzehent nur an Orten, wo er Herkommens, und in dem Maaße wie er Herkommens ist, gereicht werde, und daß insbesondere weder von einem Grundstücke auf das andere, noch von einer Fruchtgattung auf die andere geschlossen werden dürfe, indem überall der Grundsatz gilt: quantum possessum, tantum praescriptum.

Diese wichtige Bestimmung überzeugt uns, daß es durch-

aus kein allgemeines Kleinzehentrecht gebe, daß es nicht genüge zu behaupten, man befinde sich in dem Besitze des Kleinzehentrechts, sondern daß derjenige, welcher petita rechtfertigen will, wie der Hr. Kläger sie gestellt hat, speziel nachweisen müße, daß er auf jedem einzelnen Grundstücke von denjenigen Früchten, von welchen er den Zehent prätendirt, das Zehentrecht durch Herkommen erworben, und den Besitz ruhig ausgeübt habe. Da aber auf meiner Spitalbreite so lange sie besteht, noch nicht dreimal Erdäpfel gebaut wurden, so muß es selbst dem Befangensten einleuchten, daß sogar in dem nicht zugestandenen Falle, daß Hr. Kläger in einem Zeitraume von 40 bis 50 Jahren seit die Erdäpfel in Bayern eingeführt worden sind, dreimal einen Erdäpfelzehent von dem Spitalacker bezogen hätte, dieser dreimalige Bezug doch nicht wie Herkommen begründen vermöchte, daß aber Hr. Kläger weder dreimal noch einmal den Erdäpfelzehent von dem Spital- oder G.-Acker bezogen habe, beweiset das in Abschrift anliegende oberappellationsgerichtliche Erkenntniß vom 4. Febr. d. J., welches den einzigen Versuch des Hrn. Klägers, sich des Kartoffel- oder Erdäpfelzehents von dem Spital- oder G.-Acker via facti zu bemächtigen, so entscheidend als nachdrücklich zurückwies, und ihn in die Zurückgabe der mir gehörigen, bloß spolirten Früchte, so wie in alle Kosten, und in eine Succumbenzstrafe gerechtest verurtheilte, welcher Ausspruch auch bereits vollzogen ist, indem ich sonst gar nicht schuldig wäre, mich auf die petitorische Klage einzulassen.

Wenn auch das oberstrichterliche Erkenntniß unstreitig nur in possessorio erlassen wurde, so genügt es doch, daß ich mich, wofür ohnehin die gesetzliche Präsumtion streitet, in dem Besitze der natürlichen Freiheit befinde, und hierin so lange geschützt werden müsse, bis Hr. Kläger in petitorio sein Zehentrecht, id est die Berechtigung zum Bezuge des Erdäpfelzehents auf dem Spitalacker genügend erwiesen haben würde.

Eine solche Beweisauflage setzt die Anführung spezieler, zur Condemnirung des Beklagten hinreichender, oder gesetz-

lich erlernter Thatsachen voraus: da aber die Klagschrift auch nicht eine einzige solche Thatsache enthält, sondern sich bloß auf ein imaginöses allgemeines Zehentrecht gründet, so folgt abermal hieraus, daß die gegentheilige Klage kein anderes Schicksal haben könne, als die unverweilte Abweisung — injuncto expensis.

Mir steht die gesetzliche Präsumtion pro libertate naturali, und der oberstrichterlich anerkannte Besitz der Zehentfreiheit zur Seite. Ich muß in diesem Besitze so lange manutinirt werden, bis der Gegner sein besseres Recht auf den 10ten Theil der von mir, auf meinen eigenthümlichen Gründen gebauten Früchte, insbesondere der Erdäpfel, nachgewiesen haben wird. Ein solcher Beweis kann ihm aber nicht auferlegt werden, wenn ein allgemeines Kleinzehent-Recht nur durch eine ausdrückliche und spezielle Convention auf bestimmten, das heißt namentlich zu bezeichnenden Grundstücken, und für gewisse Fruchtgattungen erlangt werden könnte, welche Convention aber nicht einmal behauptet, viel weniger näher bezeichnet, und als Klagegrund unterstellt wurde, und weil der Bezug des Kleinzehents in Bayern allgemein nicht herkömmlich, sondern mit dem odium legis behaftet ist, mithin als eine res singularis, oder Ausnahme von der gesetzlichen Regel für jedes Grundstück und für jede Fruchtgattung extra bewiesen werden muß, und strictissimae interpraetationis ist.

Reingrubers Abhandlungen über dunkle Zivil-Gesetzstellen Nr. IV. p. 140 et seq. Auseinandersetzung der gesetzlichen Theorie über den Kleinzehent.

Ich widerspreche jedes Verhältniß, welches den Kläger berechtige, von meiner Spitalbreite einen Erdäpfelzehent anzusprechen, und widerspreche ausdrücklich, eine solche Verbindlichkeit jemals durch Wort oder That anerkennt zu haben.

Es ist nicht abzusehen, was Hr. Kläger damit sagen will, daß ich im Jahre 1830 die gewöhnliche feldwirthschaftliche Ordnung verkehrt habe. Bei mir besteht die Ordnung darin, daß ich meinen eigenen Grund bestellen und bebauen

kann, wie ich will, selbst wenn irgend ein Zehentherr hiedurch benachtheiligt wäre.

Ich widerspreche, daß der Erdäpfelzehent in der L. Flur im Allgemeinen, und auf meinem Spitalacker insbesondere, Herkommens sey.

Das Herkommen erfodert einen 30jährigen, gleichförmigen ruhigen Besitz, und Hr. Kläger kann nicht ein einziges factum possessorium für sich anführen, welches er ruhig ausgeübt hätte. Das Herkommen fodert auch die muthmaßliche Zustimmung des Landesherrn, und diese spricht sich in der allerhöchsten Verordnung vom 28. Sept. 1793 (M. G.-S. 5. Bd. S. 273) deutlich genug gegen die Ansprüche der Zehentprutendenz aus.

Ich belege in quanto et in quali die ganze Klage und ihre Beilage als ein in jeder Beziehung werthloses Produkt scripturae propriae mit dem allgemeinen Widerspruche, und bitte eventuel um Abweisung des Hrn. Klägers mit der Kläge und um dessen Verurtheilung in alle Kosten.

Erkenntniß Imae.

Auf die Klage des erblichen Hrn. Reichsrathes Sr. Excellenz des Hrn. Grafen v. S. wider Joh. S. Posthalter und Ökonomie-Besitzer in Sch. wegen Kartoffelzehent von der Spitalbreite Pl. Nr. 1353. zu 13 Tagwe 91 Dez. wird nach collegialer Berathung in erster Instanz zu Recht erkannt, daß

1) Die dilatorische Einrede des Beklagten gegen die Streitseinlassung als unstatthaft verworfen, und lis pro pure contestata geachtet werde;

2) in der Hauptsache Hr. Kläger in Zeit 30 Tagen peremt. zu beweisen habe, daß er sich seit unfürdenklichen Zeiten im Besitze dieses Zehentrechtes befinde, und dasselbe namentlich mit der Ausdehnung hergebracht habe, von allen Früchten auf dieser Spitalbreite ohne Unterschied, ob solche

schon früher gebaut worden seyen oder nicht, und insbesondere auch von den Kartoffeln den Zehent zu erheben.

Suspensis interim expensis.

Entscheidungsgründe.

1) Hr. Reichsrath Graf v. S. stellte die Klagsbehauptung auf, daß ihm auf den sämmtlichen Grundstücken in der Langenmoser Flur das Groß- und Kleinzehentrecht von allen gebauten Früchten zustehe, er seit unfürdenklichen Zeiten sich im Besitze desselben befinde, und namentlich das Recht hergebracht habe, den Kleinzehent von allen Früchten dieses Bezirks zu erheben, ohne Unterschied, ob solche auf irgend einem bestimmten Grundstücke schon früher gebaut worden seyen oder nicht.

Im Bereiche dieser Zehentflur liegen auch die sogenannten Spitaläcker, auch Geiersbergeräcker oder Spitalbreiten genannt, wovon einen Theil Pl. Nro. 1353 zu 13 Tagw. 91 Dez. der Beklagte besitzt, hievon die Klein- nnd Großzehentbarkeit ausdrücklich anerkannt, und den Zehent von allen darauf erbauten Früchten unweigerlich gereicht habe, mit Ausnahme des Kartoffelzehents, welchen er, unerachtet derselbe in der ganzen Langenmoser Flur speziel herkömmlich sey, im Jahr 1830 verweigerte.

2) Der Beklagte protestirte gegen die Streitseinlassung, weil in der Klage kein näherer oder entfernterer Klagegrund als causa petendi angeführt sey, und kein Recht klagweise geltend gemacht oder darüber erkannt werden könne, welches nicht auf einer spezielen Konvention oder auf dem Gesetze beruhe und mit dem odio legis behaftet sey. —

Nur eventuel wendete er ein:

a) Der Zehent als ein gewisser Antheil von Früchten gebühre nach dem Landrechte nur der Geistlichkeit zum Unterhalte, und könne als ein ursprünglich geistliches Recht ohne bischöfliche oder päpstliche Bewilligung, welche aber nicht behauptet wurde, nicht an Laien gelangen. Kläger habe weder ein Gesetz noch eine Gewohnheit für den angesprochenen Zehent anführen können.

b) In der Klage wurde der Besitz des Zehentrechts seit unfürdenklichen Zeiten behauptet; dieselbe sey aber ausdrücklich nur auf den Kleinzehent gerichtet, und dieser werde nach dem Landrechte nur an Orten, wo er Herkommens, und in dem Maaße, wie er Herkommens, gereicht, und darf insbesondere weder von einem Grundstück auf das andere, noch von einer Fruchtgattung auf die andere geschlossen werden, indem überall der Grundsatz gelte: „tantum praescriptum, quantum possessum." Es gebe deßhalb kein allgemeines Zehentrecht, und genüge des Klägers Behauptung, daß er sich im Besitze desselben befinde, nicht; sondern derselbe müsse beweisen, daß er seit unfürdenklichen Zeiten von dem Spital- oder Geiersbergacker den Kartoffelzehent bezogen habe.

c) Widerspricht er jedes Verhältniß, welches den Kläger berechtige, von der Spitalbreite den Kartoffelzehent anzusprechen, so wie auch eine solche Verbindlichkeit jemals durch Wort oder That anerkannt zu haben, und daß in der Langenmooser-Flur der Kartoffelzehent im Allgemeinen und auf seiner Spitalbreite insbesondere Herkommens sey.

d) Das Herkommen erfodere einen dreißigjährigen, gleichförmigen ruhigen Besitz und die muthmaßliche Zustimmung des Landesherrn. Für Ersteren konnte Kläger kein einziges Faktum anführen und Letztere spricht sich in der allerhöchsten Verordnung ddo. 28. Septbr. 1793 deutlich gegen die Ansprüche des Zehentprätendenten aus.

e) Die Protestation gegen die Streitseinleitung betr., so gründet Kläger seinen Anspruch auf ein durch unfürdenkliche Verjährung erworbenes Real- nämlich das Zehentrecht, wofür die Anführung desselben als causa proxima et generalis genügend und causa remota et specialis nicht erfoderlich ist, cod. jud. cap. IV. § 7. nro. 3. et in notis (c).

Da nun diese Anführung in der Klage geschehen und auch der unfürdenkliche Besitz als gesetzlicher Grund aufgestellt wurde, so erscheint diese Einrede als ungegründet, muß daher abgewiesen und lis pro pure contestata geachtet werden.

In der Hauptsache ist der Streitgegenstand der Kleinzehent, und hierüber bestimmen die Gesetze:

a) Daß selbst der Pfarrer in Ansehung dessen die Präsumtion gegen sich habe, übrigens aber der Zehent als ein gewisser Theil von Früchten auch von Andern als Geistlichen bezogen werden könne, und säkularisirte Zehnten wie andere weltliche Dinge behandelt werden.

Cod. civ. p. II. cap. 10. § 1, 8 et 25.

b) Daß der Kleinzehent nur an Orten, wo er Herkommens und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, gegeben werde,

Cod. civ. l. c. § 3. nro. 3.

c) daß kein Schluß von dem grossen auf den kleinen Zehent et vicissim, und eben so wenig von einem Grundstück oder Feld auf das andere gemacht, dann dieser Zehent, welcher sich nur nach dem Herkommen richtet, von hergebrachten Zehentfrüchten nicht auf andere Gattungen extendirt werden könne.

Loc. cit. § 25. Annott. nro. 5. (h).

Durch die ad a) allegirten Gesetzstellen wird die erste Einrede des Beklagten entkräftet, und es kommt bei diesem Zehent nicht darauf an, ob die Klage von einem Pfarrer oder einem Laien gestellt wird.

Dagegen sind die übrigen Einreden relevant und überbürden bei dem vorliegenden Widerspruche dem Kläger den Beweis, welcher aber nach den übrigen bezeichneten Gesetzesstellen nicht genügt, wenn er nur das Kleinzehentrecht in der Langenmoosner-Flur überhaupt herstellt, sondern weil dieser Zehent von einem Grundstück auf das andere und von einer Fruchtgattung auf die andere nicht ausgedehnt werden darf, speziel darüber zu erstrecken ist, daß Kläger auch von der Spitalbreite sich seit unfürdenklichen Zeiten im Besitze dieses Rechtes befinde, und dasselbe mit der Ausdehnung hergebracht habe, von allen Früchten hierauf ohne Unterschied, ob solche früher gebaut wurden, oder nicht, also auch von den Kartoffeln den Zehent zu erheben.

Den 3. Jäner 1834.

9.

Berufung des Beklagten.

Nachdem der erbliche Hr. Reichsrath, Graf Kaj. Pet. von S. in dem possessorischen Streite gegen mich, wegen Kartoffelzehents unterlegen, und nachdem anerkannt worden war, daß er sich noch niemals in dem Besitze des Kartoffel-Zehents von meinem Acker, die Spitalbreite genannt, befunden habe, trat er gegen mich in petitorio klagend auf, und bat nicht sowohl um die Zuerkennung des Zehentrechtes von allen hierauf gebauten kleinen Früchten, und insbesondere von den Kartoffeln, sondern blos, ich vermöchte zur Entrichtung des Kartoffelzehents angehalten werden.

Ich machte excipiendo das Richteramt aufmerksam, daß es dieser Klage an einem Fundamente, an einer causa petendi gänzlich mangle, und daß sich die Klage, in welcher Hr. Kläger blos ganz im Allgemeinen anführte, es stehe ihm das Kleinzehentrecht zu, ohne zu bezeichnen, ob er dieses vermeintliche Recht von einem Vertrage ableite, oder durch Herkommen erworben haben wolle, unvermeidlich zur Abweisung eigne, und zwar um so mehr, als dem Kleinzehent selbst bei den Geistlichen, welche doch bei dem Großzehent fundatam praesumtionem juris für sich haben, das odium legis und die ausdrückliche Bestimmung entgegenstehe, daß weder von einem Grundstücke auf das andere, noch von einer Fruchtgattung auf die andere ein Schluß zuläßig sey; allein nichts desto weniger erkannte das kön. Landgericht S. die ganz unsubstanzirte Klage des Hrn. Grafen von S., faktisch für zuläßig, verwarf meine Verweigerung der Streitseinlassung, erkannte litem pro pure contestata, und trug ihm auf zu beweisen, daß er sich seit unfürdenklicher Zeit in dem Besitze des Kleinzehentrechtes befinde, und dasselbe namentlich mit der Ausdehnung hergebracht habe, von allen Früchten auf der Spitalbreite ohne Unterschied, ob solche schon früher gebaut worden seyen, oder nicht, und insbesondere auch von den Kartoffeln den Zehent zu erheben.

Gegen diese — am 13. Mai publizirte interlokutorische Sentenz ergreife ich die Berufung in tiefster Ehrfurcht aus dem doppelten Grunde:

a) weil Kläger mit der Klage, wie sie gestellt ist, nicht abgewiesen, sondern ich zur Einlassung verurtheilt wurde,

b) eventuel, weil das Beweisthema selbst sich mit den gesetzlichen Bestimmungen über den Kleinzehent und mit der Aktenlage, nicht vereinigen läßt.

Ad a) Der bloße Besitz einer Sache, und selbst der Besitz von unfürdenklicher Zeit gewährt noch kein Realrecht.

Zur Verjährung einer Sache oder eines Rechtes gehören noch mehr Erfodernisse, als der bloße Besitz, insbesondere wird auch titulus und bona fides erfodert, und wenn gleich diese bei der Immemorial-Präscription präsumirt werden, so wird doch vorausgesetzt, daß derjenige, welcher hievon ein Realrecht, z. B. das Eigenthum ableiten will, wenigstens sein behauptetes jus in rem in der Art begründen müße, daß er anzuführen schuldig sey, er habe das Eigenthum des Zehentrechtes durch Immemorial-Präscription, oder durch einen — in gutem Glauben ausgeübten Besitz seit unfürdenklichen Zeiten erworben.

Allein Herr Kläger gründete seine Klage weder auf das Eigenthum, noch auf die Verjährung, sondern blos auf den Besitz von unfürdenklicher Zeit, während das von mir zu den Akten gebrachte oberstrichterliche Erkenntniß im Spolien-Prozesse sich dahin ausspricht, daß sich Hr. Graf von S. noch niemals in dem Besitze befunden habe. Die Klage gründet sich offenbar nicht auf ein jus in re, und wenn man auch zugeben will, daß das einer unbeweglichen Sache anklebende unkörperliche Recht die Natur eines Realrechts annehme, so hat doch Hr. Kläger nicht anzugeben vermocht, welcher Realität das Zehentrecht meiner Spitalbreite inhärire?

Wenn eine Realklage auf Vollständigkeit Anspruch machen will, so muß Kläger doziren, daß er ein gewisses unbewegliches Gut eigenthümlich besitze, und daß mit dem Eigenthume dieses Gutes das Recht verbunden sey, von den

Grundstücken eines Dritten den Zehent zu beziehen; nur dann hat er dem Gesetze genügt; dieß ist aber in concreto nicht geschehen, und man scheint die Klage deßwegen für eine Realklage halten zu wollen, weil das Objekt derselben darin bestehe, von meinem fundus den zehnten Theil der Früchte zu nehmen. Diese Ansicht ist aber offenbar irrig, und Hr. Kläger kann den Zehent nur in dem einzigen Falle jure reali fodern, wenn er das Eigenthum des Subjekts, welchen das jus in corporali decimandi anhängt zu beweisen vermag.

Der Kleinzehent auf der Spitalbreite ist das Objekt der Klage: da aber ich Eigenthümer des Ackers bin, so hat Hr. Kläger in dieser Hinsicht noch kein Realrecht gegen mich, sondern seine Zehent-Ansprüche gegen mich sind rein persönlich, und müßen als Personal-Ansprüche so lange präsumirt werden, bis er ihre dingliche Eigenschaft, das heißt: den Umstand, daß sie einem — ihm eigenthümlich angehörigen Gute ankleben, mithin sich von einem Besitzer dieses Gutes als Subjekt des Zehentrechtes auf den andern vererben, erwiesen haben wird.

Diese Distinktion hat judex I^mae nicht berücksichtiget, und da Hr. Kläger ein besonderes Subjekt des Zehentrechtes nicht bezeichnete, und weder das Eigenthum eines solchen, noch die anklebende Eigenschaft des Zehentrechtes als dessen Objekt behauptete, so war ich berechtigt, die Nachweisung einer causa specialis et remota als fundamentum agendi zu fodern,

Vid. Adnot. ad. Cod. civ. P. II. cap. 1. § 9. lit. b. et d.

und die Streitseinlassung zu verweigern, weil sich die Klage, so wie sie angebracht ist, offenbar nur als Personalklage darstellt, wo die Anführung der causa remote et specialis unerläßlich ist.

Ad b) Abgesehen von diesem rechtlichen Verhältnisse läßt sich das Beweisthema so, wie es normirt ist, nicht rechtfertigen.

Aktenmäßig bin ich oberstrichterlich in dem Besitze der Freiheit von dem Kartoffelzehent geschützt, gleichwie mir rücksichtlich jeder Last, insbesondere rücksichtlich des Klein-

zehents die praesumtio legatis pro libertate naturali zur Seite steht.

Wenn nun der ruhige, ununterbrochene Besitzstand das Haupterforderniß jeder Verjährung, und wenn insbesondere das wesentlichste Requisit der Immemorial-Präscription, das ist, daß niemand mehr vorhanden sey, welcher die Sache in einem andern Zustande wisse, so kann es nicht Umgang finden, daß eine Sache zum Beweise ausgesetzt werde, von welcher das Gegentheil schon oberstrichterlich entschieden ist, und in den Akten liegt.

Abgesehen davon, daß der bloße Besitz einer Sache allein noch nicht hinreichend ist, ohne andere ad minicula ein Recht zu begründen, ist eine Beweisauflage unstatthaft, wenn es aus den Akten erhellet, daß dasjenige, was bewiesen werden sollte, niemals bewiesen werden könne, indem sich Hr. Kläger weder jetzt, noch niemals in dem Besitze des Kartoffelzehents befand, ohne Besitz aber keine Verjährung denkbar ist.

Bezog er aber noch niemals einen Kartoffelzehent, so ist es absolut unmöglich, zu beweisen, daß er sich in dem Besitze eines Rechtes befinde, von allen Früchten, mit Ausdehnung auf die Kartoffeln den Zehent beziehen zu dürfen.

Die Kartoffeln werden noch nicht einmal seit unfürdenklichen Zeiten als Feldfrucht auf den Äckern gebaut, daher ist der Beweis auch in dieser Hinsicht unmöglich.

Was aber dem Beweisthema vorzugsweise entgegen steht, ist das Gesetz selbst, welches die Gültigkeit eines Schlusses von einem Acker auf den andern und von einer Fruchtgattung auf die andere geradezu verbietet und für unstatthaft erklärt. Wenn nun ein jus decimandi universale durch das Herkommen begründet werden kann, so ist die Beweisauflage nur dort statthaft, wo es sich auf eine Konvention gründet. Eine Konvention ist aber vom Kläger nicht behauptet worden, und kann daher folgerecht nicht zum Beweise ausgesetzt werden.

Vorstehende Darstellung rechtfertigt meine unterthänige Bitte:

Kön. Appellationsgericht wolle reformando sententiam Imae meinem Exceptions-Petitum geehrtest deferiren.

P. den 29. Jäner 1834.

10.

Nebenverantwortung des Klägers.

Die Berufung des Beklagten, welche derselbe wider das Erkenntniß des kön. Landgerichts S. ergriffen hat, begegne ich mit nachstehender unterthänigst gehorsamster Nebenverantwortung:

Beklagter fühlt sich

1. primär dadurch beschwert, daß er zur Einlassung in den Streit verhalten worden ist, eventuel

2. darin, daß das Untergericht ein Beweisverfahren eröffnet hat, statt die Klage sogleich abzuweisen.

Zu 1. Hier verirrt sich Beklagter offenbar in eine ganz verkehrte Theorie der Lehre von den dinglichen Klagen, indem er behauptet, es gäbe keine dingliche Klage, wo nicht das Recht mit einer berichtigten Sache als Subjekt verbunden ist. Die Dinglichkeit oder Persönlichkeit einer Klage wird durch das Objekt und nicht durch das Subjekt des Klagerechtes bestimmt.

Will sich der Beklagte nicht bemühen, zur Aufklärung seines groben Irrthums, in den er gerathen, das L.-R. Thl. II. cap. 1. § 10 et 11. nachzulesen, worin er finden wird, daß man unter Realrechten jene Rechte verstehe, welche Jemand zu einer Sache ohne Rücksicht auf eine gewisse andere Person hat, so braucht er sich nur jene dingliche Klage, welche im öffentlichen Leben ohne Zweifel am häufigsten vorkömmt, nämlich die actio hypothecaria zu vergegenwärtigen, um einzusehen, zu welchen Absurditäten seine Theorie führen würde. Denn kein unangesessener Hypothekgläubiger wäre alsdann zur Anstellung einer Hypothekklage berechtigt.

Ist, wie kein Mensch zweifeln wird, die von mir angestellte Klage eine dingliche, so brauche ich, wie Beklagter selbst einräumt, und wie das L.-R. Thl. II. cap. 1. § 11. deutlich besagt, causam remotam vel specialem weder auszudrücken, noch zu erweisen.

Allein zu allem Überfluß ist in der Klage gerade jener Titel, welcher in Bayern für das Kleinzehentrecht der gesetzlich ausreichende ist, ausdrücklich angegeben. Indem ich nämlich anführte, daß für die Gutsherrschaft zu S. das Recht des Kleinzehents in ihrem Zehentbezirk Langenmoosen, in welchem das streitige Grundstück liegt, von allen hierauf gebauten Früchten herkömmlich sey, habe ich mich auf jenen Titel berufen, welcher nach den Bestimmungen des bayerischen Landrechts Thl. II. cap. 10. § 3. nro. 2. zum Erwerb des Kleinzehents vollkommen genügt.

Wahrscheinlich haben dem Beklagten, als er auf den originelen Gedanken verfiel, es gebe keine dingliche Klage, wenn nicht eine Sache existire, mit welcher das Recht auf eine andere Sache verbunden sey, die Grundsätze vom herrschenden und dienenden Gute in der Lehre von den Realdienstbarkeiten vorgeschwebt, Grundsätze, die auf den vorliegenden Fall nicht im mindesten passen, weil sie den Realservituten eigenthümlich, und Zehenten keine Servituten sind.

Aus dem Dargestellten erhellt, daß sich Beklagter die höchst undankbare Mühe gegeben hat, durch Sophistereien und offenbare juristische Irrthümer die Befreiung von der Einlassung auf eine Klage zu erkämpfen, die, möge man sie als Realklage, oder als Personalklage betrachten, wahrlich nicht besser substanzirt seyn könnte.

Zu 2. Auch in der Hauptsache huldigt der Beklagte unfruchtbarer Sophistik, und irrt daher sehr, wenn er dadurch seine frivole Berufung zu bemänteln gedenkt.

Er glaubt, oder stellt sich zu glauben, weil er im Spolienstreite gesiegt, so verstehe sichs von selbst, daß nicht der Kläger, sondern er im Besitze sey, und daß ersterer sich eben darum gar nicht in der rechtlichen Möglichkeit befinden könne

das angesprochene Kleinzehentrecht nachzuweisen. Dieß ist nun weder mehr noch weniger als ein zweifacher Trugschluß.

Denn fürs erste ist es falsch, daß derjenige, welcher im Spolienstreit unterliegt, eben darum zur Zeit des Spolienstreites nicht im Besitze der Sache seyn könne, weil der Fall sehr wohl denkbar ist, daß ein Besitzstand nur durch weitläufige Proben nachgewiesen werden kann, welche bekanntlich im Spolienstreite, der zu den summarischen Prozeßarten gehört, unzuläßig ist.

G.-O. cap. 3. § 5. nro. 8.

Kann also der puncto spolii Geklagte den Besitz der Sache oder des Rechts nicht in continenti erweisen, so hat dieß zwar sein Unterliegen im Spolienstreite zur Folge, daraus folgt aber noch nicht, daß er nicht Besitzer ist, oder daß er auch in possessorio ordinario unterliege.

Der zweite Trugschluß, den jene exorbitante Behauptung des Beklagten, die er wahrscheinlich nur deßhalb aufstellt, damit doch etwas gesagt ist, enthält, besteht darin, daß er aus dem Nichtbesitz zur Zeit der Spolienklage auf den Nichtbesitz überhaupt schließen will.

Gesetzt auch, doch nicht zugegeben, Kläger wäre zur Zeit, als der Spolienstreit anhängig ward, nicht im Besitze des angesprochenen Zehentrechtes gewesen, so folgt daraus natürlich noch ganz und gar nicht, daß er dasselbe nicht schon vorher durch Verjährung oder Herkommen erworben habe. Wäre dieß der Fall, so müßte der Momentanbesitz des einen streitenden Theils nothwendig den Plenarbesitz auf Seite des Gegners ausschließen, was juristisch und logisch ein monstrum ist, dem keine Gesetzgebung beistimmen wird. Namentlich verordnet das bayerische Civilprozeßgesetzbuch cap. 3. § 5. nro. 9. ausdrücklich, daß dem in momentaneo unterliegenden Theil sowohl das plenarium, als das petitorium vorbehalten bleibe.

Ob die Kartoffelfrucht seit unfürdenklicher Zeit gebaut werde, odrr nicht, und ob der Hr. Kläger von dem Spitalbreiten-Antheil des Beklagten schon einmal Kartoffelzehent bezogen habe, oder nicht, ist in concreto höchst gleichgiltig,

und ich beziehe mich dießfalls lediglich auf das in meiner Berufungsschrift vom heutigen Angeführte.

2c. 2c.

11.

Berufung des Klägers.

Das erstrichterliche Erkentniß vom 9. verkündet den 13. v. M. beschwert mich darin, weil ihm der Beweis des unfürdenklichen Besitzes des Kartoffelzehents auf der Spitalbreite auferlegt ist, statt entweder den Beklagten definitiv zu verurtheilen, oder mir den Beweis des Großzehentrechtes auf der gedachten Spitalbreite blos darüber aufzulegen, daß ich in seinem vermarkten und abgeschlossenen Zehentbezirk Langenmosen den Kleinzehent hergebracht habe, daß der Spitalbreiten-Antheil des Beklagten in dieser Zehentflur liege, und daß in derselben der Erdäpfelzehent herkömmlich sey.

Ich bin daher zur unterthänigsten Berufung wider das landgerichtliche Interlokut ad pct. II. beauftragt, und führe solche auf nachstehende Weise aus.

Es ist gerichtskundig, nämlich durch die Hypothekenbücher des kön. Landger. Sch. und durch den Kaufsvertrag des Beklagten, wie überhaupt durch die Notorietät und selbst durch gegentheiliges Geständniß erwiesen, daß der Antheil der Spitalbreite, welchen Beklagter erkauft hat, und die ganze Spitalbreite an mich großzehentbar ist.

Wenn der Fruchtbau verändert wird, so räumen die Gesetze dem Großdezimator auf dem Felde auch den Zehent von dem auf diesem Felde gebauten kleinen Früchte ein, ohne Unterschied, ob diese Früchte auf dem in Frage stehenden Grundstücke schon einmal gebaut worden sind oder nicht. Hier tritt der Erdäpfelzehent als Surrogat des Getreidzehents ein, was in concreto nur um so mehr der Fall ist, als der Beklagte gerade einen seiner schönsten Waizenäcker in dem beträchtlichen Umfange von mehr als 13 Tagw. in ein Kar-

toffelland, wozu er andere taugliche Plätze genug besitzt, verwandelt hat, folglich die böse Absicht desselben in fraudem decimatoris aus den Umständen deutlich erhellet.
L.-R. Thl. II. cap. 10. § 11. Nr. 1 et 2. et Annot. lit. a.

Daß ich Großdezimator des streitigen Grundes bin, wurde vom Beklagten ohnehin nie widersprochen, und eben so wenig die Reichniß des Großzehents von demselben jemals verweigert; sollte gleichwohl auch das Großzehentrecht als widersprochen anzunehmen und durch die allegirten notoria nicht sogleich als erwiesen zu achten seyn, so hätte der Unterrichter mir wenigstens den Beweis dieser hier entscheidenden Thatsache nicht entziehen sollen.

Gesetzt aber auch, doch nicht zugegeben, es folge aus dem Großzehentrecht auf das vorwürfige Grundstück noch keineswegs das Recht, die hierauf zu dem absichtlichen Abbruch des Großzehentrechtes erbauten Kleinfrüchte zu dezimiren, so stimmt das erstrichterliche Interlokut jedenfalls nicht mit den Grundsätzen des Bayerischen Landrechts über den Kleinzehent überein.

In Bayern bezieht den Kleinzehent von einem Grundstück derjenige, welcher solchen darauf hergebracht hat.
L.-R. Thl. II. cap 10. § 3. Nr. 3.

Der ausreichende Titel für den Kleinzehent in jenen Gebietstheilen von Bayern, in denen das bayer. Landrecht von 1756 eingeführt ist (und zu diesen Gebietstheilen gehört der ganze Landgerichtsbezirk Sch. notorisch und unbestriten), ist sonach lediglich das Herkommen, worunter bekanntlich eine 30jährige Üblichkeit verstanden wird.

In meiner Klage habe ich mich auf dieses Herkommen als gesetzlichen Titel des Kleinzehentrechtes ausdrücklich berufen, und nur incidenter angeführt, daß sich die Gutsherrschaft S. seit unfürdenklicher Zeit im Besitz des Kleinzehents befinde.

Da der Richter nur dasjenige Faktische zum Beweis auszusetzen hat, was zur Begründung des rechtlichen Vorbringens der Partheien nothwendig ist, so war das kön. Landgericht im vorliegenden Fall durch meine Klage keineswegs ver-

anlaßt, mir den lästigen Beweis unfürdenklicher Verjährung zu überbürden, weil das Gesetz selbst nicht diese, sondern blos den Beweis des Herkommens verlangt, welches keineswegs den unfürdenklichen Besitz erfodert.

Wenn ferner das vorhin allegirte Landrecht besagt, der Kleinzehent werde nur da gegeben, wo, und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, so folgt daraus wieder nicht, daß es nur einen Kleinzehent auf einzelnen Grundstücken, und nicht auf ganzen Fluren oder Bezirken geben könne.

Das Landrecht macht Beschaffenheit und Umfang des Kleinzehentrechts vom Herkommen abhängig, ohne das Objekt des Herkommens durch irgend einen Ausnahmsfall einzuschränken, als so weit der nächst vorgehende Nr. 1. des allegirten Paragraphs eine Ausnahme aufstellt.

Hat also Jemand den Kleinzehent nicht blos von gewissen einzelnen Gründen, sondern von einem bestimmten abgeschlossenen Bezirk, oder einer bestimmten Flur hergebracht, so steht einem Herkommen dieser Art das Gesetz durchaus nicht entgegen.

Ebenso, wie circa fundum, läßt sich ein allenfalls bestehendes Herkommen circa fructus mit den bayer. Gesetzen über Kleinzehent sehr wohl vereinigen, weil ein solches Herkommen an sich nicht unerlaubt ist, und kein Gesetz existirt, welches befiehlt, daß man den Kleinzehent nur von einzelnen Fruchtgattungen und nicht von allen Früchten hergebracht haben könne.

Vergleicht man diese gesetzlichen Bestimmungen mit dem vorliegenden Falle, so stellt sich das erstrichterliche Interlokut offenbar als zu beschränkend und einseitig dar.

In der Klage ist ausdrücklich asserirt, daß die Gutsherrschaft von S. in ihrer Zehentflur Langenmosen von allen in diesen Bezirk gehörenden Gründen, und von allen darauf gebauten Früchten, sie mögen auf dem einzelnen Grundstück schon gebaut worden seyn oder nicht, den Kleinzehent hergebracht habe, und daß das Grundstück des Beklagten in diesem Zehentbezirk liege.

Hat demnach die Gutsherrschaft den Kleinzehent in der im Klaglibelle angeführten Ausdehnung hergebracht, so erscheint die Klage als vollkommen erwiesen, sobald nachgewiesen ist, daß das Grundstück des Beklagten innerhalb des oben beschriebenen Zehentbezirkes liegt.

Ist einmal die Kleinzehentpflichtigkeit eines Grundstückes dargethan, so haftet der Zehent nicht mehr auf den Früchten, sondern auf dem Grund und Boden, und leidet somit auch durch die Änderung des Fruchtbaues keine Veränderung.

Will aber auch der fragliche Zehent gleichwohl nicht als auf dem Grundstück, sondern als auf den Früchten haftend angenommen werden, so richtet sich die Zehentbarkeit einer Frucht, welche notorisch zum Kleinzehent gehört, eben nicht nach einem jeden einzelnen Grundstück, dergestalt, daß sie auf keinem Grundstücke dezimirt werden könnte, auf welchem sie nicht seit 30 Jahren dezimirt worden ist, sondern nach dem Herkommen jedes Orts, cujus modi loci, non fundi.

Wer demnach auf irgend einem Grundstücke unbestritten oder erwiesenermassen das Kleinzehentrecht überhaupt, nicht blos von einer speziel genannten Gattung von Früchten hat, der braucht, um sein Recht auf Kartoffelzehent von diesem Grundstücke nachzuweisen, eben nicht darzuthun, daß auf demselben seit 30 Jahren Kartoffel gebaut und gezehntet worden sind, sondern nur so viel, daß die Kartoffel in jener Gegend in welcher das kleinzehentbare Grundstück liegt, zu den dezimablen Früchten gehöre.

Daß erstere anzunehmen, würde zu den offenbarsten Absurditäten und zu einer wahren Verhöhnung des Kleinzehentrechtes führen. Denn der Besitzer mehrerer kleinzehentpflichtiger Grundstücke brauchte alsdann blos mit dem Anbau der Kleinfrüchte so zu wechseln, daß auf keinem Grundstücke dieselbe Fruchtgattung 30 Jahre hintereinander gebaut wird, und er hätte hierdurch ein sehr einfaches Mittel, alle seine Grundstücke vom Kleinzehent zu befreien. Wenn gleich die Gesetze den Kleinzehent eben nicht begünstigen, der bloßen Willkühr des Zehentpflichtigen ist der Zehentberechtigte dennoch nicht verfallen.

Es giebt vielleicht kein Grundstück in der Welt, auf welchem alle dezimablen Fruchtgattungen, und jede derselben wenigstens 30 Jahre hintereinander gebaut worden sind; schon hieraus giebt sich, daß sich die Zehentbarkeit einer Frucht nicht nach dem Grund, sondern nach dem Orts-Herkommen richten kann, weil sonst der ganze Kleinzehent vernichtet wäre, sobald der Zehentpflichtige es wollte.

Ich stelle sonach die unterthänigst gehorsamste Bitte:

Kön. Appellationsger. geruhe das erstrichterliche Erkenntniß ad II. in Haupt- und Nebensache aufzuheben und zu erkennen, daß Beklagter schuldig sey, von seinem Spitalbreitenantheil den Kartoffelzehent an den Hrn. Kläger zu reichen, sonach den Kartoffelzehentbetrag für das Jahr 1830 pr. 48 Schfl. mit 90 fl., sowie den treffenden Zehentbetrag der nachfolgenden Jahre demselben zu ersetzen, und alle Streitkosten zu tragen.

Salva revisione bitte ich submissest, kön. Appellationsgericht geruhe das erstrichterliche Interlokut in der Hauptsache ad II. dahin abzuändern, daß ich zu beweisen habe, entweder es stehe mir das Großzehentrecht auf der Spitalbreiten des Beklagten zu, oder: daß ich in dem vermarkten und abgeschlossenen Zehentbezirk Langenmosen den Kleinzehent von allen Früchten, welche hierin gebaut werden, hergebracht habe, daß die Spitalbreitenparzelle des Beklagten in dieser Zehentflur liege, äußerstenfalls auch: daß in der erwähnten Zehentflur der Kartoffelzehent herkömmlich sey.

In tiefester Ehrfurcht ꝛc.

12.

Nebenverantwortung des Beklagten.

In der Streitsache rubrizirten Betreffes beziehe ich mich vor Allem auf die von mir eingereichte Berufungsschrift. Da sich dieselbe ohne Zweifel eines günstigen Erfolges zu er-

freuen haben wird, so fallen die gravamina des Hrn. Klägers von selbst hinweg, ich beantworte sie daher blos eventuel, und mache vor Allem auf den sehr grossen Widerspruch aufmerksam, welchen sich Hr. Gegner in seiner Appellation erlaubt; denn er führt in derselben zwei ganz verschiedene, sich sogar entgegenstehende und widersprechende Fundamente an, aus welchen er den Kartoffelzehent in Anspruch nimmt.

Er fodert denselben einerseits in Folge des von ihm behaupteten Herkommens, und wenn er sich sogar zum Beweise desselben erbietet, so liegt hierin die factische Behauptung, daß die Erdäpfel schon länger als 30 Jahre auf der Spitalwiese gebaut, und der Zehent hievon beständig gleichförmig, in der Meinung einer Verbindlichkeit, und unter muthmaßlicher Einstimmung des Landesherrn und der Gemeinde verabreicht worden sey.

Anderseits gründet er sein Recht von der Kartoffelfrucht den Zehent zu fodern, auf die ganz gegentheilig lautende Thatsache, daß ich auf diesem Acker, der s. g. Spitalbreite, früher immer nur grosse Früchte, mithin keine Erdäpfel, oder Kartoffeln gebaut, sondern erst jetzt den Feldbau verändert, und eine neue Frucht, nämlich die Kartoffeln eingeführt habe, und blos in Folge dieser Veränderung des Feldbaues verbunden sey, auch von der eingeführten Frucht den Zehent zu reichen.

So wenig es gestattet ist, in einem Libelle mehrerlei Klagen zu kumuliren, welche zwar einerlei Ursprung haben, jedoch sich widersprechen, und von welchen eine durch die andere aufgehoben wird, so wenig kann man ein und dasselbe Objekt, oder Recht, aus verschiedenen, sich selbst widersprechenden Titeln fodern, und gleichzeitig hierauf Klage stellen.

Der Cod. civ. P. II. cap. 10. § 11. entscheidet lediglich jene Fälle, wo die Ansprüche auf den Zehent von verschiedenen Fruchtgattungen zwischen Kondezimatoren getheilt sind. Dieses ist hier nicht der Fall; indem Hr. Kläger alle Gattungen von Zehent in Anspruch nimmt, daher paßt dieses Gesetz gar nicht auf den vorliegenden Fall. Wollte er aber den Schluß dieses § Nr. 8. für sich in Anspruch nehmen, so

mußte er die Erwerbung des Zehents durch rechtmäßige Verjährung nachweisen, und dieses ist gerade der Punkt, gegen welchen seine Berufung hauptsächlich gerichtet ist.

Man kann daher nicht annehmen, daß Hr. Kläger, welcher gegen die Auflage des Beweises der Verjährung appellirt, seine Ansprüche von einem Gesetze ableiten wolle, welches nur jenem günstig zur Seite steht, der sein Recht durch rechtmäßige Verjährung erworben hat.

Wenn daher schon früher mein petitum gerechtfertigt war, von der Einlassung auf die Klage freigesprochen zu werden, so erscheint dasselbe jetzt noch um desto gegründeter, nachdem die Tendenz und das Fundament der Klage in der Appellation noch mehr beleuchtet wurde.

Sollte Hr. Kläger im Ernste der Meinung seyn, daß ich von nun an auf der Spitalbreite nichts als Kartoffel, und niemals mehr große Frucht anbauen werde, so irrt er sich sehr, und scheint mir wenige ökonomische Kenntnisse zuzutrauen. In der Ökonomie gilt als eine Hauptregel: Bearbeitung und Begeilung des Grundes, und möglichster Wechsel der Früchte im Anbaue. Nur dieser Wechsel verhindert die zu starke Aussaugung des Bodens, allein die Art des Anbaues ist lediglich der Willkühr und den individuelen Ansichten des Grundbesitzers überlassen, und der Zehentherr hat ihm hiebei gar nichts einzureden, da der Zehent nicht von dem Grunde, sondern von den hierauf gebauten Früchten, soweit sie dezimabel sind, gereicht wird.

Cod. civ. l. c. § 9. Nr. 1 et 2.

Verordn. vom 6. Okt. 1792. G.-S. von 1797 S. 262.

Wenn Hr. Kläger den Beweis der unfürdenklichen Verjährung nicht herstellen will, so lege ich ihm dießfalls keinen Zwang auf, und er mag hievon dispensirt werden; allein es dürfte ihm nicht fremd seyn, daß der Beweis, nicht nur des Herkommens überhaupt, sondern insbesondere der Beweis des Herkommens einer gewissen Gattung von Kleinzehent viel schwerer herzustellen sey, als der Beweis der Immemorial-Präscription, weil nach bekannter Vorschrift des Gesetzes beim Kleinzehent weder von einem Acker auf den andern, noch von einer Frucht-

gattung auf die andere geschlossen werden darf, daher das Erfoderniß eines 30jährigen ununterbrochenen Kartoffelzehent-Besitzes die conditio sine qua non ist, ohne welche ein Herkommen niemals erwiesen werden kann.

Blos incidenter muß ich unterthänigst bemerken, daß, obwohl Hr. Kläger mehrmals behauptet, daß die Spitalbreite in den s. g. Langenmoser Zehentdistrikt gehöre, diese Angabe unrichtig sey, indem dieses Grundstück nach dem eigenen Inhalte der der Klageschrift beigelegten Zehentgränz-Beschreibung, welcher ich übrigens keine Beweiskraft gegen mich eingeräumt haben will, zu dem Zehentdistrikt vom Sch. Spital-Feld gehört, in welchem der Geiersberg namentlich vorkommt.

Die Allgemeinheit oder der Umfang in welchem Herr Kläger den Zehent fodert, nämlich von allen Gründen und von allen Früchten, ist nach dem Gesetze ein non ens, weil es kein allgemeines Herkommen giebt, und beim Kleinzehent ausdrücklich der Grundsatz fest steht: quantum possessum, tantum praescriptum.

Die allerhöchste Verordnung vom 28. Sept. 1793 interpretirt die Bestimmungen des bayer. Landrechts dergestalt, daß hierüber kein Zweifel mehr obwalten kann.

Der Ausdruck: Kleinzehentpflichtigkeit eines Grundstücks, steht mit unserer Gesetzgebung in einem solchen unverkennbaren Widerspruche, daß eine, blos hierauf begründete Klage a limine abgewiesen werden müßte.

Die Raisonnements des Appellanten reduziren sich auf die Exklamation:

„ich kenne zwar das Gesetz, und kann nicht läugnen, daß es meiner Klage geradezu entgegenstehe; allein dieses Gesetz genirt mich, es steht meiner unbegränzten Erwerbungssucht nachtheilig entgegen, ich muß mich daher möglichst bemühen, so viel Konträres zu behaupten, als möglich, damit es mir vielleicht gelinge, das Richteramt dahin zu induziren, daß ich Recht habe, und daß das Gesetz nicht mehr gelte.“

Hr. Kläger wird nicht mißkennen, daß der Kleinzehent eine Last für den Landmann sey, und daß dieselbe dem Natur-

rechte fremd, und mit dem Hasse des positiven Gesetzes behaftet sey, daher nur dort üblich und herkömmlich seyn kann, wo er freiwillig verabreicht wird. Wo dieses der Fall ist, bedarf es keiner Klage, und wo dieser Fall nicht Statt findet, richtet man mit der Klage nichts aus. ꝛc. ꝛc.

13.

Erkenntniß IIda.

Im Namen ꝛc. ꝛc.

Erkennt das kön. Appellationsgericht für den *** Kreis in Sachen des erblichen Hrn. Reichsraths S. ꝛc. ꝛc. von S. wider den k. Posthalter P. S. zu S. Zehentrecht betr.:

A. Das Erkenntniß des k. Landgerichts S. ddo. 9. Jän. 1834 sey im Absatze 1 zu bestätigen;

B. bezüglich auf den 2. Absatz aber dahin abzuändern: „Hr. Kläger habe binnen 30 Tagen zerstörlicher Frist zu beweisen, daß der Gutsherrschaft zu S. auf den s. g. Spitaläckern des Beklagten, im Flächeninhalte von 13 Tagw. 91 Dez. das Großzehentrecht gebühre.“

C. Die Kosten seyen zu kompensiren.

Gründe.

§ 1. Beklagter hat die Streitseinlassung aus dem Grunde verweigert, weil die Klage nicht auf ein fundamentum agendi speciale gegründet worden sey. Die erhobene Klage, welche offenbarer nach ihrem Gegenstande und Zwecke, als eine actio realis sich darstellt, wird theils auf ein dem Hrn. Kläger zustehendes Großzehentrecht, theils auf ein rechtliches Herkommen, und nebenher auf unfürdenkliche Verjährung gestützt, sofort die causa proxima et generalis angegeben, durch welche Bezeichnung der causa petendi den Anfoderungen des Gesetzes cod. jud. cap. 4. § 7. in notis lit. c. vollkommen entsprochen worden ist. —

Das Untergericht hat daher mit vollem Rechte die dilatorische Einrede des Beklagten verworfen, und den Streit für pure befestigt erklärt. —

§ 2. Die Klage wird auf zwei Fundamente gebaut, wovon jedes das angesprochene Zehentrecht des Hrn. Klägers begründen sollte. Herr Kläger behauptet nämlich:

a) daß der Herrschaft von S. auf allen im Langenmosen-Zehentbezirke liegenden Grundstücke das Großzehentrecht von allen Früchten gebühre, daß die s. g. Spitaläcker des Beklagten (13 Tagw. 91 Dez.) zu diesem Distrikte gehöre, und daß Beklagter anstatt Getreid nun Kartoffel auf denselben baue, die Entrichtung des Kartoffelzehents aber verweigere. —

b) daß die Herrschaft insbesondere das Recht hergebracht habe, den Kleinzehent von allen Früchten dieses Bezirks in specie von den Kartoffeln zu erheben, ohne Unterschied, ob solche auf irgend einen bestimmten Grundstücke schon früher gebaut worden, oder nicht, daß sofort, weil die in Frage stehenden 13 Tagw. 91 Dez. s. g. Spitaläcker des Beklagten in dem bezeichneten Distrikte liegen, der Herrschaft in S. auch der zum Kleinzehent gehörige Kartoffelzehent gereicht werden müße.

§ 3. Was nun zunächst den zweiten Klagegrund betrifft, so verordnet das auf den konkreten Fall zur Anwendung kommende bayerische Landrecht im 2. Theile 10. Kap. § 3. nro. 3.:

„daß man nach uralter Landesobservanz den Kleinzehent überhaupt nur an Orten, wo er Herkommens, und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, verabreiche."

Die Anmerkungen zur zitirten Gesetzesstelle erläutern, daß das Herkommen strictissimae interpretationis sey, weder von dem grossen, noch von dem kleinen Zehent, noch umgekehrt eben so wenig von einem Grundstücke oder Felde auf das andere, endlich von keiner Gattung der hergebrachten Zehentfrüchte, auf andere Gattungen, eine Extension gestattet sey, daß es vielmehr bei dem strengen Besitze des Her-

kommens nach der Regel: tantum praescriptum, tantum possessum sein Verbleiben haben müße. —

Demgemäß gründet sich das Herkommen bei dem Kleinzehent in Bayern auf den gleichförmigen durch die gesetzliche Zeit fortgesetzten Besitz; — das Recht auf den Kleinzehent sowohl nach jeder einzelnen Gattung der dezimablen Frucht, als auch bei jedem einzelnen Individuum muß nach dem Maaße des dreißigjährigen Herkommens (einzeln) bewiesen werden, wobei der Schluß von der Majorität der zehentpflichtigen Gemeinde auf einem einzelnen Grund, oder auf ein Individuum, das den Kleinzehent bisher nicht reichte, keineswegs genügt, zumal selbst in dem Falle, wenn gleich bei einer Gemeinde, oder in einem bestimmten Orte der Kleinzehent einer gewissen Frucht über 30 Jahre von der Mehrheit der Gemeindeglieder dagegen von Einigen oder von einem einzelnen Individuum nicht gereicht wurde, wohl in Ansehung der Ersteren ein Herkommen begründet, hinsichtlich der Letztere aber, nach dem Grundsatze: quod singulos communitate tangit, a singulis debet approbari, ein solches Herkommen ausgeschlossen wäre. —

Conf. p. 2. cap. 5. § 13. in notis p. 1. cap. 2. § 15. nro. 6. Verordnung vom 28. Septbr. 1793 (Mayers Gen.-S. S. 5. L. pag. 273—274.) und 16. Septbr. 1794 in G.-S. L. V. pag. 304.

§ 4. In concreto behauptet nun Hr. Kläger selbst nicht, daß der Kleinzehent, insbesondere der Kartoffelzehent von den in Frage stehenden 13 Tagw. 91 Dez. Spitaläcker wirklich durch eine Reihe von Jahren, wodurch ein gesetzliches Herkommen begründet werden könnte, bezogen, d. h. daß vor dem Jahre 1830 von genannten Äckern ein Kartoffelzehent der Herrschaft S. gereicht worden sey. Herr Kläger will nur aus der behaupteten Thatsache, daß ihm von den andern Grundstücken im Langenmoser-Distrikte der Kleinzehent gebühre, das Recht zum Klein- oder Kartoffelzehentbezuge auf oben bezeichneten in diesem Distrikte liegenden Äckern, ableiten, oder mit andern Worten, das Herkommen von einem Felde oder Stücke auf das andere extendiren. — Eine

solche Ausdehnung des der strengsten Interpretation unterworfenen Herkommens von einem Grundstücke auf das andere ist aber in den schon allegirten Gesetzen verboten, und nachdem das allein entscheidende Moment, daß nämlich von den bezeichneten Äckern „des Beklagten der Kleinzehent — und in specie der Kartoffelzehent seit 30 Jahren, oder gar seit unfürdenklicher Zeit von der Gutsherrschaft in S. bezogen wurde, in Ansehung der bemerkten Äcker sohin Herkommens sey," — von Herrn Kläger nicht zum Klagegrund erhoben wurde, dieses Assert vielmehr durch das kläger'sche Geständniß, es sey auf den Spitaläckern früher (vor 1830) immer Getreid gebaut „worden" — geradezu widerlegt wird; und nachdem dasjenige, was nicht behauptet worden, oder schon durch die Akten als unrichtig konstatirt, der Richter nicht zum Beweise aussetzen darf: Cod. jud. cap. 9. § 1. cap. 6. § 1. in notis, gegen diese erstrichterliche Beweisauflage der Beklagte sich auch beschwerte, und deren Irrelevanz deduzirte, so mußte in dieser Beziehung dem gestellten petito auf Beseitigung der erwähnten Beweisauflage deferirt werden. —

§ 5. Hr. Kläger hält inzwischen, wie schon erörtert, den Beklagten zur Entrichtung des Kartoffelzehents auch aus dem Grunde für verpflichtet, weil der Herrschaft S. auf allen im Langenmoser-Zehentbezirke liegenden Grundstücken der Großzehent von allen Früchten gebühre, die s. g. Spitaläcker des Beklagten zu diesem Distrikte gehören, und weil Beklagter anstatt der Winterfrüchte (Getreid) nun Kartoffel auf denselben baue, und folglich auch von dem Surrogate den Zehent entrichten müße. Nun bestimmt das bayerische Landrecht in p. 2. cap. 10. § 11. nro. 2. wörtlich:

„die Änderung des Feldbaues hindert keineswegs, daß „nicht der Zehentherr die auf den zehentbaren Grün„den erbauten Früchte, sie seyen gleich von Gattung „was sie wollen, auszehnten könne, ohne daß er bei „erfolgenden Abänderungen der Früchte einen Konde„zimatoren hierauf zuzulassen schuldig sey" —

ferner

„wo hingegen derjenige, welcher den grossen Zehent auf

„dem Felde hat, solchen gleichen Falls von den all=
„dort neugebauten kleineren Früchten genießt."

Conf. annot. ad leg. citat. und ad nro. 3 et 4, dann Verordnung vom 6. Okt. 1792 (M. G.=S. Bd V. pag. 262.).

Stehet demgemäß Hrn. Kläger auf dem im Klagelibelle bezeichneten Äckern das Großzehentrecht zu, so kann sich der Beklagte der vorgenommenen Änderung des Früchtenbaues ungeachtet seiner Verbindlichkeit nicht entziehen, den Zehent auch von den neuen auf diesen Äckern gebauten Früchte, wenn solche ihrer Natur nach gleich zu dem Kleinzehent zu zählen sind, der Gutsherrschaft in S. zu verabreichen. — Beklagter hat jedoch widersprochen, daß dem Hrn. Kläger das behauptete Großzehentrecht gebühre, und da von der Existenz oder dem Nichtvorhandenseyn dieser Thatsache das in Anspruch genommene Klagerecht abhängt, so kann noch nicht definitive erkannt, es mußte vielmehr die Beweislast dem Kläger überbürdet und das Beweisthema mit dem faktischen Vorbringen in der Klage, in Einklang gesetzt werden.

Cap. 6. § 6. cap. 9. § 1 et 3 in notis.

Königl. Appellationsger. des Oberdonaukreises.

(L. S.) Weber.

Stubenrauch, Sekr.

Revision.

P. P.

Nachdem der erbliche Reichsrath Graf v. S. in dem gegen denselben geführten Spolienstreite, durch allerhöchstes Erkenntniß Euer ꝛc. vom 4. Febr. 1833 unterlegen war, stellte er bezüglich seiner Ansprüche auf den Kleinzehent die petitorische Klage gegen mich.

Ich stellte am Instruktions=Termin die wesentlichen Mängel der eingereichten Klage dar, verweigerte die Einlassung, und bat um Verwerfung der Klage. Allein das k. Landgericht S. ging hierauf nicht ein, und nahm, nachdem ich nur

eventuel und mit ausdrücklicher Verwahrung litem contestirt hatte, denselben — pro pure contestata an. Gegen diesen Ausspruch beschwerte ich mich, begründete meine Berufung durch die Bezugnahme auf die klarsten Gesetze, und zweifelte keinen Augenblick, daß nicht Hr. Kläger mit seiner Klage, wenigstens angebrachtermassen werde abgewiesen werden. Allein der Gerichtshof zweiter Instanz bestättigte gegen alle Erwartung sententiam I^ma am 2. mens. curr. somit ich zur Einlassung angehalten ward.

Gegen zwei gleichlautende Aussprüche dieser Art findet zwar eine selbstständige Berufung an Euer ꝛc. nicht statt; da ich mich aber bemüßigt finde, gegen das in der Hauptsache erlassene Beweisinterlokut selbst das Rechtsmittel der Aktenrevision zu ergreifen, so kann es mir nicht verwehrt seyn, meine Berufung vom 29. Jun. d. J. in Form einer Beschwerde hieher zu wiederholen.

Es handelt sich um ein sehr wichtiges jus perpetuum: die Appellationssumme ist vorhanden, und wenn die Appellation hauptsächlich dort unzuläßig ist, wo man sich noch bei dem Endurtheile oder in einen, weitern Verhandlungen vorbehaltenen Hauptstreite helfen kann, so muß es sich von selbst verstehen, daß ich eine Beschwerde schon jetzt zu stellen habe, weil ich jedenfalls und abgesehen von der Frage über die Einlassung, genöthigt bin, mich über die zweitrichterliche Beweisauflage als eine sententia vim definitivae habens, zu beschweren. Ich wiederhole daher durchgehends meine Beschwerde ad II^dam und will dieselbe eben so angesehen wissen, als wenn sie wirklich hier eingeschaltet wäre.

In der Hauptsache hat zwar der Appellationsgerichtshof meine Ansicht durchaus für richtig erkannt, und die von dem judice I^mae geschehene Beweisauflage gänzlich mißbilligt, indem von einem Beweise des unfürdenklichen Besitzes oder des Herkommens um so minder eine Rede seyn kann, als Herr Kläger selbst einbekannte, niemals in dem Besitz gewesen zu seyn, und als er in dem vorhergegangenen Besitzstreite in der höchsten Instanz sukkumbirte, daher sich jene Beweisauflage mit dem Rechtssatze quantum possessum, tantum praescrip-

tum, offenbar nicht vereinigen ließe; allein dagegen hat judex II^dae eine andere Ansicht aufgestellt, und die definitive Entscheidung der Streitsache lediglich von Beantwortung der Frage abhängig gemacht, ob dem Kläger auf dem in Rede stehenden fundus, von welchem er den Kleinzehent einklagt, der Großzehent gebühre?

Durch diese Entscheidung, welche ich mit den Vorschriften des L.-R. nicht vereinigen kann, finde ich mich gravirt, und ergreife dagegen in tiefster Ehrfurcht die Aktenrevision, indem ich die Entscheidungsgründe der zweiten Instanz zu widerlegen mich anschicke.

Es ist hier durchaus nicht der Fall gegeben, welcher in Cod. civ. c. II. § 11. Nr. 8. erwähnt wird, und welcher eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel begründet.

Wer vom großen Zehentrecht auf das Recht zum Bezug des kleinen Zehents einen Schluß ziehen will, muß darthun:

a) daß an dem Orte quaestionis bisher nur eine gewisse Gattung Früchte gebaut worden sey;

b) daß er den Zehent hievon durch die Verjährung rechtmäßig hergebracht habe;

c) daß auf einmal eine andere Frucht gebaut werde und

d) daß er titulum universalem für sich habe.

Nun kommt in den Akten nirgends vor, und es ist selbst vom Kläger nicht behauptet worden, daß ich auf dem Geiersberg- oder Spitalbreitenacker bisher nur eine gewisse Fruchtgattung gebaut habe, indem ich vielmehr bisher alle nur denkbaren Früchte, wie es mir nur immer beliebte, anbaute, und mit Korn und Haber, mit Rüben und Klee, mit Erbsen u. dgl. beständig abwechselte.

Es sind auch die Kartoffeln nichts weniger als eine neue Frucht; denn Kläger sagt selbst in dem Instruktions-Protokolle des kön. Appellationsger. ddo. 15. Dez. 1830 im Spolienprozesse in seiner Duplik:

„Eben so wird nützlich angenommen, daß die Kartoffel in der dortigen Gegend keineswegs ein neu eingeführter Fruchtbau seyen.“

Ferner sagt er in seiner petitorischen Klage vom 3. Sept. 1831 wörtlich:

„Obgleich der Kartoffelzehent in der ganzen Langenmoser Zehenthofs-Markung speziel herkömmlich ist ꝛc. ꝛc."

Es ist mithin keiner der ersten drei Fälle gegeben, in welchen eine Ausnahme von der Regel überhaupt Statt finden kann; allein noch viel weniger ist der vierte Casus existent, daß Hr. Kläger eine titulum universalem für sich habe. Hierüber liefern die Akten noch nicht den mindesten Beweis; ich habe den Besitz eines solchen Titels nirgends zugegeben, und es erscheint mir nicht klar, wie der hohe Richter II^dae über eine so wichtige Vorfrage hinausgehen konnte, wo doch das Vorhandenseyn eines solchen Titels die Hauptsache, die Conditio sine qua non ist.

Könnte aber per inconcessum Kläger beweisen, daß er einen titulum universalem habe, so folgt hieraus doch noch keineswegs, daß hier ein Schluß von dem Großen auf den Kleinzehent gemacht werden könne; denn ein solcher Schluß ist ein für allemal gesetzlich unzulässig und verboten, und wo speziele Prohibitivgesetze vorhanden sind, läßt sich eine solche extensive Interpretation durchaus nicht rechtfertigen.

Dem Kleinzehent steht das odium legis entgegen, der Richter ist daher nicht berechtigt, ein Gesetz, welches des Kleinzehents nicht speziel erwähnt, so weit zu extendiren und einen Schluß vom Groß- auf den Kleinzehent zu gestatten.

Die von dem kön. Appellationsger. allegirte Stelle des § 11. Nr. 2. ist hier nicht, sondern nur dort anwendbar, wo der Großzehent und der Kleinzehent an und für sich unbestritten und anerkannt ist, jedoch zwei verschiedene Dezimatoren vorhanden sind, von welchen einer ad decimas majores, der andere ad minores berechtigt ist, und wenn zwischen diesen ein Konflikt dadurch herbeigeführt wird, daß der Zehentpflichtige seinen Feldbau verändert.

Ich habe dem Hrn. Kläger noch niemals ein Kleinzehentrecht zugestanden, also kann er nicht den Zehent von kleinen Früchten fodern, selbst wenn ich auch großzehentpflichtig wäre.

Der Anbau kleiner Früchte auf der s. g. Spitalbreite ist durchaus nichts neues, durchaus keine Veränderung des Feldbaues, ich habe schon unzähligemale Kleinfrüchte gebaut und nie einen Zehent hievon gereicht, und befinde mich in dem Besitze der natürlichen Freiheit, für welche die gesetzliche Präsumtion spricht; also kann die sententia II^dae niemals zu Recht bestehen.

Ich bitte allerunterthänigst zu erkennen, daß der Herr Kläger mit der Klage abgewiesen und in alle Kosten zu verurtheilen sey.

In tiefster Ehrfurcht empfiehlt sich 2c. 2c.

3.

Erkenntniß III^tiae.

Se. Königl. Majestät 2c. 2c.

Erkennen in Sachen des erblichen Hrn. Reichsraths 2c. 2c. Gr. v. S. wider den Posthalter J. S. zu Sch., das Recht zum Bezuge des Zehents von Kartoffeln betreffend, zu Recht,

1) daß die Berufung des Posthalters S. gegen das Erkenntniß vom 13. Mai 1834 des k. Appellationsgerichts des ***Kreises, so weit solche gegen den Ausspruch unter lit. A. in demselben gerichtet ist, nicht Statt finde;

2) daß der erbliche Hr. Reichsr. Graf von S. mit der von ihm wider den Beklagten erhobenen Klage vom 3. Sept. und 24. Okt. 1833 angebrachtermaßen abgewiesen werde;

3) daß Compensation der Kosten der drei Instanzen einzutreten habe.

Entscheidungsgründe.

I. Gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse, wodurch der Beklagte mit Verwerfung der von der Einlassung befreienden Einrede zur Einlassung auf die Klage verurtheilt wird, fin-

det nach dem Prozeßgesetze vom 22. Juli 1819 nicht bloß keine selbstständige, sondern es findet gegen solche nach § 20. Nr. 1. desselben eine Appellation überhaupt nicht statt, ohne daß der Fall, wenn gegen einen mit dem Erkenntnisse auf Einlassung verbundenen Ausspruch appellirt wird, ausgenommen ist.

II. Die Klage des erblichen Hrn. Reichsr. Gr. von S. ist, nachdem im Eingange derselben angeführt worden, daß der Gutsherrschaft zu S. auf sämmtlichen, in dem versteinten Langenmooser-Flur-Bezirke liegenden Grundstücken das Groß- und Kleinzehentrecht zustehe, wesentlich auf die Behauptungen gegründet:

1) die Gutsherrschaft habe das Recht hergebracht, den Kleinzehent von den Gründen dieses Bezirkes zu beziehen, ohne Unterschied, ob die Kleinzehentfrüchte auf irgend einem bestimmten Grundstücke gebaut worden seyen, oder nicht; der 13 Tagwerk 91 Decim. haltende Acker des Beklagten, der Geiersbergacker, der Spitalacker oder — die Spitalbreite genannt, liegen in der Langenmoser Zehentflur-Markung, und in dieser sey der Kartoffel-Zehent speziel herkömmlich! —

2) Der Beklagte habe im Jahre 1830, wo sein Spital-Acker Winterfeld gewesen, auf solchem Kartoffeln gebaut; der Zehente der im Winterfeld gebauten Kartoffeln gebühre aber nach Land-R. Th. II. cap. 10. § 11. der Gutsherrschaft als Surrogat des ihr dadurch entzogenen Großzehents.

Das weitere Klageassert, daß der Beklagte die Groß- und Kleinzehentbarkeit seines Ackers zur Gutsherrschaft ausdrücklich anerkannt und den Zehent von allen darauf erbauten Früchten unweigerlich an dieselbe verabreicht habe, wurde als Klagegrund in den höheren Instanzen nicht weiter geltend gemacht.

Die Klagebitte geht dahin zu erkennen, daß der Beklagte von seinem Acker, der sogenannten Spitalbreite, an die Gutsherrschaft S. den Kartoffelzehent zu entrichten schuldig sey.

Die Gerichte der beiden vorigen Instanzen haben die Klage für begründet erachtet.

Das Gericht der ersten Instanz hat den ersten Klagegrund zum Beweise ausgesetzt, jedoch den in der Klage einleitungsweise angeführten unvordenklichen Besitz in das Beweisthema mit aufgenommen.

Der Hr. Kläger hat in seiner Berufung gegen das erstrichterliche Interlokut den zweiten Klagegrund mit der Behauptung vorangestellt, der Beklagte habe eingestanden, daß die ganze Spitalbreite großzehentbar sey, und daß er durch Bebauung derselben mit Kartoffeln den Fruchtbau geändert habe; der Gutsherrschaft gebühre daher schon aus diesem Grunde der Kartoffelzehent von diesem Grundstücke, und er hat sich hauptsächlich darüber, daß der Beklagte nicht sofort nach der Klagebitte verurtheilt und eventuel darüber beschwert, daß ihm nicht aufgetragen worden, alternativ zu beweisen, daß ihm das Großzehentrecht auf der Spitalbreite des Beklagten zustehe, oder die Asserte, welche den ersten Klagegrund bilden.

Das Gericht der zweiten Instanz hat kein Geständniß von Seite des Beklagten angenommen, die Klage durch die Asserte unter Nr. 1. nicht begründet erachtet, dem Hrn. Kläger aber aufgetragen, zu beweisen, daß der Gutsherrschaft zu S. auf den Spitaläckern des Beklagten das Großzehentrecht gebühre.

Die Revisions-Beschwerde des Hrn. Klägers bestehe darin, daß der Beklagte nicht nach der Klagebitte verurtheilt worden, und eventuel darin, daß nicht auch der erste Klagegrund alternativ zum Beweise ausgesetzt worden ist.

Der Beklagte dagegen hat sich schon bei der zweiten Instanz darüber beschwert, daß nicht seiner eventuelen Exceptions-Beschwerde entsprechend, der Hr. Kläger mit der Klage wegen Mangels ihrer Begründung abgewiesen worden ist, er hat diese Beschwerde nunmehr zur Revisions-Beschwerde gemacht, und diese Beschwerde, nicht diejenige des Hrn. Klägers, ist gegründet.

Die Zulassung des Hrn. Klägers zu dem ihm durch das zweitrichterliche Interlokut aufgetragenen Beweise nämlich ist unvereinbar mit den gesetzlichen Bestimmungen:

a) daß der Zehent nicht von dem Gute, sondern von den hierauf gewachsenen, dezimablen Früchten gereicht wird; B. L.=R. Thl. II. cap. 10. § 9. Nr. I.

b) daß der kleine Zehent in Landestheilen, wo das bayer. Landrecht gilt, nach uralter Landes=Observanz überhaupt nur an Orten, wo er Herkommens ist, und in dem Maaß, wie er Herkommens ist, gegeben wird. B. L.=R. a. a. O. § 3. Nr. 3.

c) daß von dem großen auf den kleinen Zehent sich nicht schließen läßt. B. L.=R. a. a. O. § 25. Nr. 6.

Die Vorschrift im B. L.=R. a. a. O. § 11. Nr. 2. läßt sich nicht so, wie von dem vorigen Richter geschiehet, verstehen, ohne solche mit diesen gesetzlichen Bestimmungen in direkten Widerspruch zu setzen.

Der ganze § 11 enthält keine Vorschrift, welche denselben widerspräche, oder solche modifizirte.

Bei den Bestimmungen unter Nr. 1 — 6 einschlüßig ist vorausgesetzt,

a) Die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Zehents von den auf bestimmten Grundstücken gebauten Früchten ohne Unterschied der Fruchtarten von Seite des Eigenthümers sey nicht streitig;

b) Der Zehent sey unter mehreren Dezimatoren dergestalt getheilt, daß der eine bei dieser, der andere bei jener Gattung von Früchten den Zehent zu genießen habe.

Da jedem Zehentmanne frei steht, seinen Grund und Boden nach eigenen Gefallen zu verändern und so weit es nur nicht in böser Absicht in fraudem decimatoris geschieht, — statt der vorigen Früchte andere Früchte darauf zu bauen, wenn gleich diesem Letzteren per indirectum Schaden und Nachtheil dadurch zugeht, — Anmerkungen zum B. L.=R. a. a. O. § 11. im Eingange, Verordnung vom 6. Okt. 1792. (M. G.=S. Bd. V. p. 262.) — so können bei einer Veränderung des Fruchtbaues Collisionen der Zehentrechte der verschiedenen Dezimatoren entstehen.

Lediglich für Fälle solcher Collision ist unter den Nummern 1 bis 6 gesetzlich bestimmt, an welchem der mehreren Zehentherrn, je nachdem jeder derselben nur ein auf gewisse Gattungen von Früchten beschränktes Recht, z. B. der eine das Recht zum Bezuge des großen, der andere das Recht zum Bezuge des kleinen Zehents hat, oder das Zehentrecht nach gewissen zehentbaren Gründen selbst unter den Dezimatoren getheilt ist — der eine den Zehent im Garten, der andere auf dem Felde, der eine solchen von den Äckern, der andere von den Wisen hat — der Zehentpflichtige den Zehent von der neuerbauten Frucht zu entrichten habe.

Durch die Vorschrift unter Nr. 2., welche der vorige Richter für seine Entscheidung angeführt hat, ist namentlich entschieden, daß in dem Falle, wenn der Zehent unter mehreren Dezimatoren dergestalt getheilt ist, daß der eine bei dieser, der andere bei jener Gattung von Früchten den Zehent zu genießen hat, und das Zehentrecht des einen nur auf gewissen Gründen haftet, dieser der Änderung des Fruchtbaues ungeachtet, die auf diesen Gründen gebauten Früchte, sie seien von welcher Gattung sie wollen, auszuzehnten berechtigt sey, ohne daß der andere Dezimator auf solche Anspruch machen könne.

Diese Gesetzesstelle ist mithin auf den vorliegenden Fall gänzlich unanwendbar.

Daß die Vorschriften im B. L.-R. a. a. O. § 11. unter Nr. 1 bis 6 einschlüßig nur für Fälle der Collision der Rechte mehrerer Dezimatoren bei Veränderung des Fruchtbaues gegeben seyen, wird durch die Anmerkungen des Baron von Kreitmaier zu diesen §§ durchgängig bestätiget. Nur die Bestimmungen unter den Nummern 7 und 8, betreffen das Recht des Zehentherrn bei Veränderung des Fruchtbaues dem Zehentpflichtigen gegenüber; der unter Nr. 7 erwähnte Fall ist hier nicht gegeben, und die Vorschrift unter Nr. 8 enthält den mit der Auslegung der Stelle unter Nr. 2 von Seite des vorigen Richters nicht zu vereinigenden Grundsatz, daß das Zehentrecht des Zehentherrn den Zehentpflichtigen gegenüber, von hergebrachten Früchten sich auf andere neu

erbaute Früchte nicht erstreckt, jener habe denn titulum universalem für sich, und es stehe ihm keine besondere Gerechtsame eines Dritten im Wege.

Durch das Klageassert, daß der Beklagte verbunden sey, von seinen Spitaläckern der Gutsherrschaft S. den großen Zehent zu reichen, ist demnach die Klage auf Entrichtung des Zehents von den Kartoffeln, welche der Beklagte auf diesen Äckern gebaut habe und ferner bauen werde, nicht begründet.

Durch die oben unter 1. angeführten Klageasserte hiernächst, konnte die Klage ohnehin rechtlich nicht begründet werden.

Denn nur der Pfarrer hat und nur hinsichtlich des großen Zehents titulum universalem für sich, ein universales Kleinzehentrecht, ein Kleinzehentrecht namentlich in dem Umfange, daß die Grundstücke eines geschlossenen Bezirkes hinsichtlich des Rechtes zum Bezuge des kleinen Zehents ein Ganzes bilden, von dem jedes einzelne Grundstück als ein Theil zu betrachten wäre, giebt es gesetzlich nicht; ein Schluß von einem Grundstücke oder Felde auf das andere findet, wenn es sich nur von dem kleinen Zehent handelt, der nur da, wo er Herkommens ist, und in dem Maaße, wie er Herkommens ist, gereicht wird, nicht Statt.

Anmerkungen zum B. L.-R. Thl. II. cap. 10. § 25. not. 5. lit. h.

Der Herr Kläger hat die an das Gericht der zweiten Instanz gebrachte eventuele Bitte in der Revisions-Instanz dahin erweitert, daß ihm aufgetragen werde, auch, und zwar als dritte Alternative, zu beweisen, daß ihm der Kleinzehent von der erwähnten Spitalbreite namentlich der Kartoffelzehent vermöge Herkommens zustehe.

Allein abgesehen davon, daß Kleinzehentfrüchte, von denen der Beklagte den Zehent von seinen Spitaläckern an die Gutsherrschaft S. abzureichen verbunden seyn soll, außer Kartoffeln in der Klage speziel nicht bezeichnet sind, und daß die Klagebitte nur auf Entrichtung des Kartoffelzehents geht, so ist in der Klage weder angeführt, daß auf den Spitaläckern schon vor 30 Jahren Kartoffel gebaut worden seyen,

und daß, so oft solches geschehen, der Gutsherrschaft S. von demselben der Zehent gereicht worden sey, noch enthält die Klage die allgemeine Behauptung, daß die Gutsherrschaft das Recht zum Bezuge des Kartoffelzehents speziel von den Spitaläckern des Beklagten durch Herkommen erworben habe.

Dieses konnte daher auch nicht Gegenstand einer Beweisauflage an den Herrn Kläger seyn. —

Da diesem allen nach es der Klage an einem gesetzlichen Klagegrund mangelt, so mußte der Hr. Kläger mit solcher, der Revisionsbitte des Beklagten entsprechend, abgewiesen werden. Die Abweisung konnte jedoch, da wegen der zuletzt erwähnten Bitte des Hrn. Klägers nicht mit Gewißheit angenommen werden kann, daß derselbe eine Klage auf die angeführte Art nicht zu begründen vermöge, nur angebrachtermaßen geschehen.

In der Erwägung endlich, daß von den Gerichten der vorigen Instanz die Klage für begründet erachtet, der Beklagte zur Einlassung auf die Klage verurtheilt worden ist, und gegen seine Verurtheilung zur Einlassung auf unstatthafte Weise an die dritte Instanz appellirt hat, war auf Compensation der Kosten der drei Instanzen zu sprechen.

München, am 27. April 1839.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Du Prel, Max, 1800-1882

Sammlung auserlesener bayer'scher Rechtsfälle, Präjudicien und anderer interessanter Erkenntnisse

Bd.: 8

Landshut (1840)

Bavar. 659-8
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10482193-2